Der Grundsatz von Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
RICHARD STEINER
von Ried-Brig (VS)

1977

Buchdruckerei Tscherrig AG, Brig
1978

Der Grundsatz von Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
RICHARD STEINER
von Ried-Brig (VS)

Buchdruckerei Tscherrig AG, Brig
1978

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. Februar 1977 auf Antrag von Prof. Dr. Alfred Maurer als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Meinen lieben Eltern
und
Elda

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis
Literaturverzeichnis
Quellen- und Abkürzungsverzeichnis
Vorwort

Allgemeiner Teil

§ 1 Der Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze 1

I. Definition 1

II. Stellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Recht 3

III. Funktion der allgemeinen Rechtsgrundsätze 5

IV. Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze im öffentlichen Recht 6

§ 2 Rechtsgleichheit 8

I. Definition 8

1. Bundesrechtlicher Armenrechtsanspruch 11
2. Formelle Rechtsverweigerung 11
3. Materielle Rechtsverweigerung (Willkür) 14

II. Rechtsgleichheit in der Sozialversicherung 15

1. Im allgemeinen 15
2. Im besonderen die Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts 17

III. Prozessrechtliche Bedeutung der Rechtsgleichheit 18

§ 3 Gesetzmässigkeit 2o

I. Begriff 2o

1. Gesetzesvorrang 21
2. Gesetzesvorbehalt 23

II. Gesetzmässigkeit in der Sozialversicherung 24

§ 4 Verhältnismässigkeit 25

I. Begriff 25

II. Anwendung 27

III. Umfang 28

IV. Verhältnismässigkeit in der Sozialversicherung 3o

§ 5 Rückwirkungsverbot 33

I. Begriff 33

1. Echte Rückwirkung 33
2. Unechte Rückwirkung 34

II. Grundsatz der Nichtrückwirkung 34

III. Geltung des Rückwirkungsverbotes 35

1. Im Privatrecht 35
2. Im öffentlichen Recht 37
   a) Im allgemeinen 37
   b) Im besonderen in der Sozialversicherung 39
      aa) Alters- und Hinterlassenenversicherung 39

bb) Invalidenversicherung 42
cc) Unfallversicherung 44
dd) Militärversicherung 45

§ 6 Treu und Glauben 46

I. Begriff 46

II. Notwendigkeit der Konkretisierung 47

III. Geltungsbereich von Treu und Glauben 48

IV. Abgrenzung von Treu und Glauben zum Guten Glauben 5o

§ 7 Treu und Glauben im öffentlichen Recht 52

I. Lehre 52

1. Entwicklung 52
a) Steuerrecht 52
b) Zivilprozessrecht 57
2. Geltender Zustand 6o
3. Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht 61

II. Rechtsprechung des Bundesgerichts 64

Spezieller Teil

§ 8 Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung 77

I. Geschichtlicher Rückblick 77

II. Auslegung und Rechtsfindung 78

1. Begriff der Auslegung 78
2. Begriff der Rechtsfindung 79
3. Oberbegriff zu Auslegung und Rechtsfindung 8o

III. Arten richterlicher Rechtsfindung 8o

1. Intra legem 8o
2. Praeter legem 82
3. Contra legem 83

IV. Rechtsprechung 85

1. Zur Rechtsfindung intra legem 85
2. Zur Rechtsfindung praeter legem 86
3. Zur Rechtsfindung contra legem 92

§ 9 Treu und Glauben als Maxime des Verwaltungshandelns 97

I. Treu und Glauben und der Widerruf von Verfügungen 98

1. Begriff des Verwaltungsakts 98
2. Begriff der Verfügung 1o1
3. Rechtskraft von Verfügungen 1o2
4. Anpassung einer fehlerhaften Verfügung 1o3
5. Widerruf von Verwaltungsverfügungen 1o4
   a) Begriff des Widerrufs 1o4
   b) Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Widerruf von Verfügungen 1o6
   c) Widerruf von Verfügungen in der Sozialversicherung 1o8
6. Schranken des Widerrufs von Verfügungen 1o9
   a) Ausschluss des Widerrufs von Verfügungen aufgrund gesetzlicher Vorschrift 1o9
   b) Treu und Glauben als Schranke des Widerrufs von Verfügungen 1o9

7. EXKURS: Bemerkungen zur Terminologie im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verfügungen 111

II. Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts zum Widerruf von Verfügungen 113

III. Treu und Glauben und die Bindung der Verwaltung an eine falsche Auskunft 115

1. Einleitung 115

2. Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts zum Problem der Bindung der Verwaltung an ihre eigene falsche Auskunft 116

§ 1o Die Geltung von Treu und Glauben im Verfahren 126

§ 11 Schlussbemerkungen 128

Literaturverzeichnis

ANTONIOLLI Walter, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954

BACHOF Otto, Verwaltungsakt und innerdienstliche Anweisung, in Festschrift Laforet, S. 285 ff., München 1952

BAUMANN Marcel, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Diss., Zürich 1952

BLUMENSTEIN Ernst, Das Recht der Verwaltungstätigkeit im Grundriss, in MBVN 66/67 (1968/69)

BOSSHARDT Oskar, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Enteignungsrecht, in ZBl Bd 65 (1964), S. 393 ff.

BOSSHARDT Oskar, Treu und Glauben im Steuerrecht, in Archiv für schweizerisches Abgaberecht Bd 13 (1944), S. 49 ff. und S. 97 ff.

BROGGINI Gerardo, Intertemporales Privatrecht, in Schweizerisches Privatrecht Bd I, Basel 1969

BURCKHARDT Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931

CREIFELDS Carl, Rechtswörterbuch, München 1968

DESCHENAUX Henri, Der Einleitungstitel, in Schweizerisches Privatrecht Bd II, Basel 1967

DESCHENAUX Henri, Le Titre Préliminaire du Code Civil, dans Traité de droit Civil Suisse Tome II, Fribourg 1969

EBERLE Louis-Charles, Die Schranken der Rückwirkung im eidgenössischen Wasserrecht, Diss., Bern 1960

EGGENSCHWILER Ernst, Die Ermessenskontrolle im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, in ZSR NF 81 (1962), 1. Halbband, S. 449 ff.

ESSER Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956

FLEINER Fritz/GIACOMETTI Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949

FORSTHOFF Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd I, Allgemeiner Teil, 1o. A., München 1973

FRITZSCHE Hans, Aus der Rechtspflege einer Demokratie, Zürich 1919

GEERING Walter, Von Treu und Glauben im Steuerrecht, in Festschrift Ernst Blumenstein, S. 125 ff., Zürich 1946

GERMANN O. Adolf, Methodische Grundfragen, Basel 1946

GERMANN O. Adolf, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. A., Bern 1967

GIACOMETTI Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts Bd I, Zürich 196o

GRISEL André, Droit administratif suisse, Neuenburg 197o

GRISEL André, L'Administration et la loi, in Das Schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick, Festschrift des Schweizerischen Juristenvereins zur schweizerischen Landesausstellung in Lausanne, S. 31 ff., Basel 1964

GUHL Theo, Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflossenen Jahrhunderts, in ZSR NF 71 (1952), 1. Halbband, S. 141 ff.

GULDENER Max, Treu und Glauben im Zivilprozess, in SJZ 39 (1942/43), S. 389 ff. und S. 4o5 ff.

GYGI Fritz, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. A., Bern 1974

GYGI Fritz, Verwaltungsrecht und Privatrecht, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 317, Bern 1956

HANGARTNER Yvo, Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Diss., St. Gallen 1959

HANGARTNER Yvo, Widerruf von Verwaltungsakten bei Meinungswandel der Behörden und bei Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse, in ZBl 62 (1961), S. 169 ff.

HARTMANN Karl, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, in SJZ 45 (1949), S. 229 ff.

HECK Philipp, Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1932

HINDERLING Hans Georg, Rechtsnorm und Verstehen, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 407, Bern 1971

HOMBERGER Arthur, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 1943

HUBER Hans, Die rechtsstaatlichen Grundsätze im Sozialversicherungsrecht, in SZS 1960, S. 1 ff.

IMBODEN Max, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, BStR Heft 38, Basel 1954

IMBODEN Max, Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts, in ZSR NF 78 (1959), 1. Halbband, S. 59 ff.

IMBODEN Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in BStR Heft 48, Basel 1958

IMBODEN Max/RHINOW René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. A., 2 Bde, Basel/Stuttgart 1976

JAEGGI Peter, Kommentar zu Art. 3 ZGB, im Berner Kommentar Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966

JEZLER Christoph, Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Diss., Zürich 1967

KISKER Gunter, Die Rückwirkung von Gesetzen, Tübingen 1963

v. KRAUSS Rupprecht, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Hamburg 1955

KUMMER Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2. A., Bern 1974

LERCHE Peter, Uebermass und Verfassungsrecht, Berlin 1961

LIVER Peter, Begriff und System in der Rechtssetzung, in ZSR NF 93 (1974), 2. Halbband, S. 135 ff.

LIVER Peter, Der Begriff der Rechtsquelle, in Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955

LUDWIG Peter, Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in ZBJV 110 (1974), S. 161 ff.

MAINKA Johannes, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963

MARTI Hans, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950

MAURER Alfred, Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz, in SZS 1972, S. 179 ff.

MAURER Alfred, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. A., Bern 1963

MEIER Bernhard, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau, Diss., Zürich 1949

MEIER-HAYOZ Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951

MEIER-HAYOZ Arthur, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in Berner Kommentar Bd I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966

MERZ Hans, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, in ZSR NF 80 (1961), 1. Halbband, S. 333 ff.

MERZ Hans, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in Berner Kommentar Bd I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1962

MUTZNER Paul, Kommentar zum Schlusstitel zum ZGB, in Berner Kommentar Bd V, 1. Abschnitt, Bern 1916

NAEGELI H., Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, in ZBl 55 (1954), S. 113 ff.

NEBINGER Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1949

ODERMATT Oskar, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961

OFTINGER Karl, Kommentar zu Art. 884 - 918 ZGB, in Zürcher Kommentar Bd IV, Das Sachenrecht, 2. A., Zürich 1952

OTT Charles, Der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Verwaltungsrechtsnormen, Diss., Zürich 1952

PATRY Robert, La notion de la bonne foi subjective, in ZBJV 91 (1955), S. 4o9 ff.

REICHEL Hans, Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches, in Festgabe für Rudolf Stammler, S. 281 ff., Berlin/Leipzig 1926

RENGGLI Markus, Zur rückwirkenden Anwendung von Rechtsnormen in der Sozialversicherung, in SZS 1959, S. 235 ff.

ROOS Gottfried, Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in ZBJV 91bis (1955), S. 117 ff.

ROSS Alf, Theorie der Rechtsquellen, Wien 1929

RUCK Erwin, Die Rechtmässigkeit der öffentlichen Verwaltung, in Das Schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick, Festschrift des Schweizerischen Juristenvereins zur schweizerischen Landesausstellung in Lausanne, S. 51 ff., Basel 1964

RUCK Erwin, Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung, in Festgabe August Simonius, S. 341 ff., Basel 1955

SALADIN Peter, Der Widerruf von Verwaltungsakten, in BStR Heft 58, Basel 196o

SCHAEPPI Christian Heinrich, Der Anspruch auf Kinderzulagen, Diss., Bern 1974

SCHEERBARTH Hans Walter, Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte, Berlin 1961

SCHMID Wieland, Zum Begriff des guten Glaubens im schweizerischen Recht, in SJZ 63 (1967), S. 3o5 ff.

SCHWARZENBACH Hans Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. A., Bern 1975

SPIRO Karl, Alte Rechtssprichwörter und modernes Privatrecht, in ZSR NF 69 (195o), S. 121 ff.

SPIRO Karl, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, in ZBJV 88 (1952), S. 449 ff. und S. 497 ff.

SPIRO Karl, Ueber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948

STAMMLER Rudolf, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897

TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. A., Zürich 1973

v. TUREGG Kurt Egon/KRAUS Erwin, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1962

WANNAGAT Georg, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts Bd I, Tübingen 1965

WANNAGAT Georg, Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, in SZS 1972, S. 153 ff.

WOLFF Hans Joachim, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955

WOLFF Hans Joachim/BACHOF Otto, Verwaltungsrecht I, Kurzlehrbuch, 9. A., München 1974

ZIMMERLI Christoph, Das Verbot rückwirkender Verwaltungsgesetze, Diss., Basel 1967

Quellen- und Abkürzungsverzeichnis

In diesem Verzeichnis werden Abkürzungen des täglichen Lebens wie etwa d.h., ff., usw., vgl. oder z.B. nicht berücksichtigt.

Weitere Hinweise auf Quellen finden sich in der Dissertation, vor allem in den Fussnoten.

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 2o. Dezember 1946
AHVV	Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1946
AlVG	Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd (Bde)	Band (Bände)

BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BRB	Bundesratsbeschluss
BStR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EGG	Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951
Eidg.	Eidgenössisch
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 2o. Juni 193o
EVGE	Entscheidungen des Eidg. Versicherungsgerichtes, amtliche Sammlung
i. S.	in Sachen
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959
IVV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911
lit.	littera
MBVN	Monatsblatt für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
MV	Militärversicherung

MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 2o. September 1949
MVV	Vollziehungsverordnung zum Militärversicherungsgesetz vom 2o. März 1964
N	Nummer
NF	Neue Folge
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden
Pra	Die Praxis des Bundesgerichtes, monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SchlT	Schlusstitel zum ZGB
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StPO VS	Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. Februar 1962
SUVA (L)	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Luzern)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
Vo	Verordnung
VV	Vollziehungsverordnung (Vollzugsverordnung)
VwG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 2o. Dezember 1968
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 19o8

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 1o. Dezember 19o7
ZPO VS	Zivilprozessordnung des Kantons Wallis vom 22. November 1919
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
	Führer durch die obligatorische Unfallversicherung, herausgegeben von der SUVA, 24. A., Luzern 1974

VORWORT

Die vorliegende Dissertation behandelt - wie sich aus dem Titel ergibt - die Rechtsprechung der schweizerischen Sozialversicherungsgerichte zum Grundsatz von Treu und Glauben.

In einem allgemeinen Teil wird zuerst die Stellung dieses Grundsatzes in unserer Rechtsordnung aufgezeigt: es wird der Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes erläutert; anschliessend wird auf die wichtigsten allgemeinen Rechtsgrundsätze eingetreten, zu welchen auch der Grundsatz von Treu und Glauben zu rechnen ist. Es wird dargelegt, dass der Grundsatz positiv-rechtlich im Privatrecht verankert ist, dass es jedoch im Laufe der Zeit der Lehre und der Rechtsprechung gelungen ist, den Geltungsbereich des Grundsatzes auch auf das öffentliche Recht auszudehnen. Im heutigen Zeitpunkt kommt der Grundsatz von Treu und Glauben im Privatrecht wie im öffentlichen Recht gleichermassen zur Anwendung.

Im besonderen Teil der Arbeit wird auf die Rechtsprechung der Sozialversicherungsgerichte eingetreten. In erster Linie wird die Praxis des Eidg. Versicherungsgerichtes untersucht. In beschränktem Rahmen wird auch auf Entscheide kantonaler Sozialversicherungsgerichte eingetreten. Dieser besondere Teil ist wiederum in zwei grosse Abschnitte aufgeteilt: im ersten wird die Rechtsprechung zum Grundsatz von Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung aufgezeigt; im zweiten wird jene Praxis erläutert, welche sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben als Maxime des Verwaltungshandelns befasst.

Am Ende der Dissertation finden sich einige Thesen des Verfassers, mittels welchen versucht werden soll, die untersuchte Rechtsprechung zusammenzufassen.

Die veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Eidg. Versicherungsgerichtes ist bis zum 31. Dezember 1976 berücksichtigt; die unveröffentlichte Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichtes bis zum 3o. September 1976. Von diesen unveröffentlichten Urteilen wird allerdings in der vorliegenden Arbeit keines behandelt, da sich die wesentlichen Elemente der Rechtsprechung zum Grundsatz von Treu und Glauben in den veröffentlichten Entscheiden des Eidg. Versicherungsgerichtes finden.

Ich möchte mich an dieser Stelle herzlich bei Herrn Prof. Dr. Alfred Maurer, Dozent an der Universität Bern, bedanken; unter seiner Leitung und dank seiner wohlwollenden Betreuung ist es mir gelungen, diese Arbeit fertigzustellen. Ebenso schulde ich Dank den Mitarbeitern der Kanzlei des Eidg. Versicherungsgerichtes sowie jenen der Rechtsabteilung des Bundesamtes für Sozialversicherung, welche mir in grosszügiger Weise alle gewünschten Unterlagen zur Verfügung gestellt haben. Endlich möchte ich mich bei all jenen bedanken, die mich bei der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation in irgendeiner Weise unterstützt haben.

DIE GELTUNG ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSAETZE IM OEFFENTLICHEN RECHT

§ 1 Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze

I. Definition

Der Begriff der " allgemeinen Rechtsgrundsätze " - man spricht auch von " allgemeinen Rechtsprinzipien ", " allgemeinen Rechtsgedanken ", " Prinzipien ", " Leitideen ", " tragenden Ideen " oder " grundlegenden Werten " [1] - wird sowohl in der Lehre [2] als auch in der Praxis [3] verwendet. Dabei legt man sich über ihre vielfältige Bedeutung zu wenig Rechenschaft ab. [4] Sie werden als " Nothelfer und Allheilmittel ausgenutzt und demgemäss sehr widersprüchlich beurteilt ". [5] Zudem ist die Verwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen insofern unsicher, als eine " Theorie der juristischen Prinzipien noch gar nicht entwickelt worden ist ". [6]

MEIER-HAYOZ weist darauf hin, dass unter dem Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes Verschiedenes gemeint sein könne: [7]

1) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 4o5, S. 181 und N 462, S. 194.
2) Vgl. GRISEL, Droit, S. 161 ff.; GERMANN, Probleme, S. 151 ff. und GIACOMETTI, Lehren, S. 287 ff.
3) Vgl. BGE 86 II 368.
4) ESSER, Grundsatz, S. 1.
5) ESSER, a.a.O., S. 1.
6) HINDERLING, Rechtsnorm, S. 124.
7) a.a.O., N 4o5, S. 181.

- Eine Gesetzesnorm von grösserer Tragweite - welche lediglich Richtlinien zur Gestaltung des Rechtszustandes gibt, zur Handhabung aber weiterer Konkretisierung bedarf - wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz bezeichnet. Als Beispiele werden die Artikel 2 ZGB (Treu und Glauben) und 27 ZGB (Persönlichkeitsschutz) angeführt. [8]

- Als allgemeinen Rechtsgrundsatz bezeichnet man anderseits oft den Zweck eines Rechtserlasses oder einer Rechtsinstitution, d.h. die " ratio legis ". [9] Der Begriff des Zweckes ist allerdings im weitesten Sinne zu verstehen. [10]

- Ferner rechnet man hiezu die aus Rechtsvorschriften oder Rechtsinstituten durch Abstraktion gewonnenen Prinzipien. [11] So gehören einige der wichtigsten Prinzipien des Sachenrechts dazu, wie jenes der Spezialität, der Akzessorietät und der Publizität. [12] Diese allgemeinen Grundsätze sind zwar keine festen Regeln, jedoch " Anhaltspunkte für eine sachgemässe Interessenabwägung im einzelnen ". [13]

- Schliesslich zählt man zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen - nach der von Josef Esser massgeblich beeinflussten Methodenlehre - " aussergesetzliche

8) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 4o6, S. 181.

9) MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 4o8, S. 181.

1o) HECK, Rechtsgewinnung, S. 32.

11) MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 41o, S. 181.

12) OFTINGER, Kommentar zu Art. 884 - 918 ZGB, Systematischer Teil, S. 1o f.

13) MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 411, S. 182.

Bewertungsmassstäbe, die von der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft geformt, inhaltlich näher bestimmt und in ihrer Reichweite abgegrenzt werden ".[14)]

II. Stellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Recht

Eine Sozialordnung muss - will sie Anspruch erheben eine rechtlich geordnete zu sein - eine Reihe von " lapidaren Rechtsgrundsätzen verwirklichen ".[15)] Oder, wie PATRY sich ausdrückt, beruht jede rechtliche Ordnung auf einer gewissen Anzahl von allgemeinen Grundsätzen - oft mehr philosophischen oder psychologischen Inhalts denn eines rein rechtlichen -, die charakteristisch für die Rechtsordnung geworden sind.[16)]

Bei diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen handelt es sich entweder um ausdrücklich in der Verfassung niedergelegte Grundsätze - etwa im Sinn der Freiheitsrechte oder des Gleichheitssatzes - oder aber um Konkretisierungen[17)]

14) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 412, S. 182. ESSER, Grundsatz, S. 166 ff., nennt als Beispiel die Realsurrogation und legt ihre Entwicklung vom römischen Recht bis heute dar.

15) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 7o.

16) PATRY, Notion, S. 4o9.

17) Eine Norm wird durch den Richter konkretisiert, indem sein Urteil nicht nur im einzelnen Fall die Entscheidung trifft, sondern auch eine Rechtsfortbildung darstellt. Aber auch die Doktrin übernimmt die Aufgabe der Konkretisierung, indem sie Normen einerseits auf ihre Durchsetzbarkeit, anderseits auf ihre Uebereinstimmung mit der Rechtstradition und mit den schon gesicherten Rechtsinstitutionen prüft und würdigt. Diese Würdigung bietet dann ihrerseits dem Richter wieder Anhaltspunkte, wie er bei seiner Entscheidung vorgehen soll (vgl. MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 46 f., S. 238 f.).

solchen ausdrücklichen Verfassungsrechtes, wie zum Beispiel beim Willkürverbot, dessen verfassungsrechtliche Grundlage Art. 4 BV ist. [18] Auf das Willkürverbot lassen sich die meisten allgemeinen Rechtsgrundsätze, die nicht in der Verfassung genannt sind, zurückführen. Sobald nämlich der Verfassung eine Regelung nicht entnommen werden kann, hat das Gerechtigkeitsgebot im Sinn eines Willkürverbotes in den Vordergrund zu treten. [19] Als Beispiele hiezu seien erwähnt: der Grundsatz der Rechtssicherheit, das Prinzip der Verhältnismässigkeit sowie das Legalitätsprinzip. [20]

Neben diesen beiden Möglichkeiten - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist in der Verfassung genannt oder es handelt sich um konkretisiertes Verfassungsrecht - besteht auch jene, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Gesetzesstufe zu formulieren. Als Beispiele führt MEIER-HAYOZ die Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) und 27 ZGB (Persönlichkeitsschutz) an. [21]

Des weiteren finden sich allgemeine Rechtsgrundsätze, die man lediglich daran erkennt, dass einzelne Normen offensichtlich auf ihnen beruhen, ohne dass aber das Prinzip irgendwo ausgesprochen wäre. [22]

18) GIACOMETTI, Lehren, S. 288.

19) GIACOMETTI, a.a.O., S. 288 ff.

20) GIACOMETTI, a.a.O., S. 288 ff.

21) Vgl. vorne S. 2.

22) GERMANN, Probleme, S. 152; die Bundesverfassung erwähnt den Grundsatz der Gewaltenteilung nicht, enthält aber organisatorische Bestimmungen, die darauf beruhen.

Endlich gibt es noch allgemeine Rechtsgrundsätze, " die nicht auf positiv-rechtliche Normen gestützt werden ".[23] Hervorstechendstes Merkmal dieser Gruppe ist vielfach eine prägnante Formulierung, etwa in der Form eines Rechtssprichwortes.[24]

III. Funktion der allgemeinen Rechtsgrundsätze

Eine Funktion der allgemeinen Rechtsgrundsätze besteht darin, Hilfsmittel richterlicher Lückenfüllung zu sein: ihnen kommt der Charakter von Rechtsquellen zu.[25] Da den allgemeinen Rechtsgrundsätzen jedoch die " individualisierende Normierung fehlt ", gelten sie subsidiär.[26] Eine Rechtsfrage wird zuerst nach den primären Rechtsquellen entschieden.[27] Geben diese keine Auskunft oder nur eine, die ein widersprüchliches Ergebnis zeitigt, hat der Rechtsanwendende auf die

23) GERMANN, Probleme, S. 153.

24) GERMANN, a.a.O., S. 153; SPIRO, Alte Rechtssprichwörter, S. 128, erwähnt als Beispiele von Sprichwörtern, die als allgemeine Rechtsgrundsätze anzusehen sind, folgende: " malitiis non est indulgendum ", also die lateinische Formulierung des Schikaneverbotes (im schweizerischen Recht wird allerdings das Schikaneverbot aus Art. 2 ZGB, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, abgeleitet, was von MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 105, S. 255, dargelegt wird); ferner die Sprichwörter " audiatur et altera pars " und " nemo iudex in sua causa ".

25) MEIER-HAYOZ, Richter als Gesetzgeber, S. 239; vgl. zum Begriff der Rechtsquellen u. a. LIVER, Begriff der Rechtsquelle, und ROSS, Theorie der Rechtsquellen.

26) WANNAGAT, Lehrbuch, S. 186.

27) Art. 1 ZGB nennt das Gesetz und das Gewohnheitsrecht.

sekundären Quellen zurückzugreifen; [28] hiezu gehören auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze. [29]

Ausserdem weist HINDERLING den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Aufgabe zu, als " Ausgangspunkt kritischer Betrachtungen des Resultats angewandter Normen " zu fungieren. [30] Der Rechtsanwendende überprüft seinen Entscheid nachträglich: ausgehend vom Inhalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes fragt er sich, ob dem Willen des Gesetzgebers Genüge getan wurde. Das hat zur Folge, dass andere als im geschriebenen Recht verankerte Ueberlegungen die Interpretation bestimmen. Zusätzlich wird eine Erstarrung des Systems verhindert und seine Fortbildung ermöglicht. [31]

IV. Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze im öffentlichen Recht

Handelt es sich bei einem allgemeinen Rechtsgrundsatz um einen in der Verfassung verankerten, so gilt er Kraft seiner Stellung in der ranghöchsten Kodifikation für sämtliche Rechtsgebiete.

Liegt ein allgemeiner Rechtsgrundsatz jedoch unausgesprochen der Verfassung zugrunde oder ist er auf Gesetzesstufe festgehalten, bedarf es langjähriger Anstrengungen

28) MEIER-HAYOZ, Richter als Gesetzgeber, S. 24o f., nennt u.a. das Naturrecht und weist darauf hin, dass in England ein Teil der Doktrin, die sog. " books of authority ", für den Richter bindenden Charakter hätten.

29) WOLFF, Rechtsgrundsätze, S. 52.

3o) HINDERLING, Rechtsnorm, S. 13o.

31) HINDERLING, a.a.O., S. 131.

der Wissenschaft und der Rechtsprechung, um seine Geltung im öffentlichen Recht abzuklären. [32)]

Im folgenden soll auf die wichtigsten allgemeinen Rechtsgrundsätze [33)] eingetreten und ihre Anwendbarkeit im öffentlichen Recht geprüft werden.

Zuerst wird die Rechtsgleichheit, als in der Verfassung genanntes Prinzip, behandelt. Dann werden die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit sowie das Rückwirkungsverbot untersucht. Ausführlich wird zum Schluss der Grundsatz von Treu und Glauben erläutert, da er für den speziellen Teil der Arbeit von grundlegender Bedeutung ist.

32) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 17o; als Beispiel sei der Grundsatz von Treu und Glauben angeführt, der in Art. 2 ZGB formuliert ist, jedoch im heutigen Zeitpunkt seinen Geltungsbereich weit über das Zivilrecht hinaus ausgedehnt hat. Diese Ausdehnung war aber erst nach Ueberwindung zahlreicher Hindernisse möglich (vgl. hinten die Ausführungen in §§ 5 und 6).

33) Weitere allgemeine Rechtsgrundsätze - neben den hier zu behandelnden - wurden schon genannt: der Grundsatz der Rechtssicherheit, der Grundsatz der Gewaltenteilung, die Freiheitsrechte der Verfassung, Art. 27 ZGB (Persönlichkeitsschutz) und die Prinzipien des Sachenrechts.

Ausserdem werden erwähnt: die Achtung der menschlichen Würde, die Beachtung der guten Sitten (vgl. GERMANN, Probleme, S. 154) und das Verbot, Rechte zu Zwecken zu missbrauchen, die den ursprünglich gewollten Zwecken widersprechen, d.h. ein Schikaneverbot (vgl. WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht, S. 122). Der Zusammenhang zwischen dem Schikaneverbot und dem Grundsatz von Treu und Glauben wurde in Fussnote 24 (vorne S. 5) dargelegt.

§ 2 Rechtsgleichheit

I. Begriff

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist in Art. 4 BV formuliert. [34] BLUMENSTEIN bezeichnet ihn als die allgemeinste verfassungsmässige Richtlinie für die Verwaltungstätigkeit; [35] für WANNAGAT stellt er einen " Grundpfeiler der gesamten Staats- und Rechtsordnung " dar. [36] Kraft der übergesetzlichen Stellung in der Verfassung gilt das Prinzip sowohl für den Gesetzgeber wie auch für die rechtsanwendenden Behörden. [37] Das Bundesgericht hatte in einer sehr ausgiebigen Rechtsprechung Gelegenheit, zu dieser Gleichheit vor dem Gesetze Stellung zu beziehen.

Es stellte fest, dass " der Gleichheitssatz gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches aber nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ". [38] Sobald es die Verschiedenheit der zu erfassenden Verhältnisse erfordert, kann eine von der allgemeinen Ordnung abweichende Sonderregelung getroffen werden. [39]

34) Art. 4 BV: " Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen. "

35) Recht, MBVN 67 (1969), S. 227.

36) Lehrbuch, S. 231.

37) FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 4o4/4o8.

38) BGE 93 I 4.

39) BGE 93 I 4.

Bei der Rechtsetzung gilt, dass ein gesetzgeberischer Erlass Art. 4 BV nur verletzt, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützt oder rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist. [40] Sowohl die kantonalen wie auch die kommunalen Gesetzgeber sind an den Grundsatz der Rechtsgleichheit gebunden. [41] Was den Bundesgesetzgeber anbetrifft, ist auf Art. 113 Abs. 3 BV hinzuweisen: dieser entzieht dem Bundesgericht die Möglichkeit, Bundesgesetze und bestimmte weitere Bundeserlasse auf ihre Uebereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen. [42]

Auch die rechtsanwendenden Organe sind verpflichtet, das Gleichheitsprinzip zu beachten. Allgemein lässt sich sagen, dass die Verwaltungsbehörden gegen Art. 4 BV verstossen, wenn sie gleiche Verfügungen für solche Fälle treffen, die verschiedenartige erfordern oder verschiedene Verfügungen, wenn gleiche notwendig wären. [43] Im Sinne einer kurzen, aber keineswegs vollständigen Aufzählung seien einige Beispiele hiezu angeführt:

40) BGE 99 Ia 245.

41) BGE 99 Ia 355.

42) Art. 113 Abs. 3 BV: " In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend. "

43) GRISEL, Droit, S. 175.

- Analoge Fragen dürfen nicht verschieden beurteilt werden, da sonst eine offensichtlich ungleiche Behandlung der Rechtssuchenden vorliegen würde. 44)

- Stellt eine Verwaltungsbehörde ihre Entscheide teils mit, teils ohne Rechtsmittelbelehrung zu, verletzt sie den Grundsatz der Rechtsgleichheit, auch wenn diese Rechtsmittelbelehrung gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. 45)

- Dagegen verstösst die Aenderung einer als unrichtig erkannten kantonalen Praxis nicht gegen Art. 4 BV, 46) ebensowenig wie der Umstand, dass kantonales Recht von Kanton zu Kanton verschieden gehandhabt wird. 47)

In engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit bringt das Bundesgericht verschiedene andere Prinzipien, die es zum Teil aus Art. 4 BV ableitet. Neben einem bundesrechtlichen Armenrechtsanspruch wird das Problem der formellen Rechtsverweigerung - ein Aspekt davon ist die Verweigerung des rechtlichen Gehörs - und der materiellen Rechtsverweigerung (Willkür) aufgeworfen. In den folgenden Abschnitten wird auf diese Prinzipien eingetreten.

44) Die Regierung des Kantons Freiburg gewährte vier Kindern im Alter von 17, 15, 14 und 11 Jahren die Namensänderung, wollte diese jedoch vier andern im Alter von 18, 15, 12 und 6 Jahren nicht zugestehen. Da zudem auch der Sachverhalt in beiden Fällen ähnlich war, verletzte diese ungleiche Behandlung Art. 4 BV (BGE 96 I 432 lit. c).

45) Das kantonale Polizeidepartement erliess am 9. November 1971 zwei Verfügungen. In der einen hiess es ein Gesuch gut, versehen mit einer Auflage; Rechtsmittelbelehrung war keine angegeben. Die andere Verfügung hiess ebenfalls ein Gesuch gut,war jedoch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Diese ungleiche Behandlung liess sich nach Ansicht des Bundesgerichtes durch nichts rechtfertigen (BGE 98 Ib 34o).

46) BGE 98 Ia 636 E. 5.

47) BGE 98 Ia 244 E.4 lit a.

1. Bundesrechtlicher Armenrechtsanspruch

Unmittelbar aus dem Gleichheitssatz fliesst ein Armenrechtsanspruch. Eine bedürftige Partei hat in einem für sie nicht aussichtslosen Prozess Anspruch darauf, dass der Richter für sie ohne vorgehende Hinterlegung oder Sicherstellung von Kosten tätig werde. Wenn sie zudem zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bedarf, soll ihr ein solcher beigegeben werden. [48)]

Das Prozessbegehren ist dann nicht aussichtslos, " wenn die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese ". [49)]

Massgebend für die Bedürftigkeit sind die augenblicklichen Verhältnisse; es kommt auf die Mittel an, die tatsächlich zur Verfügung stehen. [5o)]

2. Formelle Rechtsverweigerung

Auch im Zusammenhang mit der formellen Rechtsverweigerung findet sich eine reichliche Rechtsprechung des

48) BGE 99 Ia 327; 89 I 161.

49) BGE 98 Ia 342.

5o) BGE 99 Ia 439 ff.: Das Bundesgericht nahm Armut an bei Fr. 3'ooo.- Jahreseinkommen und fehlendem Vermögen. Ein Selbstverschulden der Mutter in einem Vaterschaftsprozess - die Kindesmutter treibe sich Tag und Nacht auf der Strasse herum, statt zu arbeiten - durfte nicht zur Verweigerung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes führen.

Bundesgerichtes, welches sich besonders zum Problem des rechtlichen Gehörs aussprach. [51]

Die Pflicht, das rechtliche Gehör zu gewähren, bedeutet, dass ein Entscheid nicht gefällt werden soll, ohne dass die betroffenen Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt haben und dass diese Stellungnahme - insofern erheblich - berücksichtigt worden ist. [52] Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist rein formeller Natur, d.h. seine Missachtung hat die Aufhebung des angefochtenen Entscheides auch dann zur Folge, wenn ein materielles Recht daran nicht nachgewiesen wird. [53]

Im Zivilprozess und im Strafprozess ist der Grundsatz des rechtlichen Gehörs unbestritten. [54] Im Bereich des

51) Eine formelle Rechtsverweigerung kann u.a. auch durch einen überspitzten Formalismus begangen werden, der sich durch keine schutzwürdigen Interessen rechtfertigen lässt (vgl. BGE 1o2 Ia 35 ff.; 93 I 2o9 ff.).

Das Bundesgericht bezog zu weiteren Fällen von formeller Rechtsverweigerung Stellung. BGE 99 Ia 5o2: Ein Gericht, das seine Ueberprüfung auf Willkür beschränkt, obwohl ihm freie Kognition zusteht, verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. auch BGE 84 I 227 ff.).

Ebenso BGE 98 Ia 136: Ist eine Urkunde nicht durch die Post zustellbar, wird sie der Polizei übergeben; die Rechtsmittelfrist beginnt in diesem Fall erst mit der Zustellung zu laufen und nicht mit dem Versuch der Zustellung durch die Polizei. Wäre letzteres der Fall, würde dem Betroffenen die Rechtsmittelfrist abgekürzt, was den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzen würde.

52) NAEGELI, Das rechtliche Gehör, S. 113.

53) BGE 98 Ia 8 E. 3.

54) ODERMATT, Das rechtliche Gehör, S. 184 f.; BGE 96 I 21 spricht davon, dass der Grundsatz im Zivil- und Strafprozess " allgemein und unbedingt " gelte, d.h. der Betroffene Anspruch darauf habe, nicht nur an der Beweiserhebung teilzunehmen, sondern auch vom Ergebnis des Beweisverfahrens Kenntnis zu nehmen und dazu Stellung zu beziehen (vgl. ebenfalls BGE 92 I 263 E. 3 lit. d).

Verwaltungsverfahrens lehnte ihn das Bundesgericht zuerst ab; [55] später dehnte es den Grundsatz auf einzelne Verwaltungsangelegenheiten aus. [56]

Das rechtliche Gehör ist heute im Verwaltungsverfahren zu gewähren, wenn auch der Grundsatz nicht dieselbe vollumfängliche Geltung beanspruchen kann wie im Zivil- und Strafprozess. [57]

- Eine erste Einschränkung des rechtlichen Gehörs besteht darin, dass im Verwaltungsverfahren ein Recht auf Akteneinsicht [58] nur gewährt werden muss, um die Rechte der Beteiligten im laufenden Verfahren zu gewährleisten; es entfällt nach Abschluss des Verfahrens, wenn nicht schutzwürdige Interessen geltend gemacht werden. [59]

- Einen andern Ausschluss des rechtlichen Gehörs stützte das Bundesgericht auf die Ueberlegung, dass die staatsrechtliche Beschwerde subsidiär ist. [60] Dem Schutz des einzelnen Rechtssubjektes ist daher Genüge getan, wenn eine Verwaltungsverfügung noch durch ein anderes

55) BGE 27 I 426 ff.: Einem vorbestraften Arzt wurde ohne vorherige Anhörung die Bewilligung zur Ausübung des Berufes entzogen; ein Anspruch auf Einvernahme bestehe im Verwaltungsverfahren nicht.

56) NAEGELI, Das rechtliche Gehör, S. 119 f.

57) BGE 96 I 187.

58) Das Recht auf Akteneinsicht ist zu verstehen als Bestandteil des rechtlichen Gehörs (MBVN 53, 1955, S. 2o7); dieses umfasst namentlich das Recht, sich vorgängig eines belastenden Entscheides zu äussern, ferner das Recht, Beweismaterial beizubringen sowie das Recht auf Akteneinsicht (vgl. BGE 99 V 188).

59) BGE 95 I 1o7 f.

6o) Vgl. Art. 84 Abs. 2 OG: " In allen diesen Fällen ist jedoch die Beschwerde nur zulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht gerügt werden kann. "

Rechtsmittel als durch die staatsrechtliche Beschwerde angefochten werden kann, etwa durch eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 1o4 OG. In diesem Fall ist eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, die sich auf Art. 4 BV stützt, nicht zu hören. [61]

- Weitere Fälle, welche dazu führen, dass das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren nicht gewährt wird, nennt ODERMATT: er erwähnt unter andern ein erhöhtes öffentliches Interesse und die Geheimhaltungspflicht der Verwaltungsbehörden. [62]

3. Materielle Rechtsverweigerung (Willkür)

Mit einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV kann der Beschwerdeführer beim Bundesgericht auch um Schutz vor Willkür nachsuchen. [63] Willkür liegt vor, " wenn ein Entscheid nicht nur unrichtig, sondern darüber hinaus schlechthin unhaltbar ist ". [64] Namentlich trifft das zu, wenn ein Urteil in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, [65] wenn es also beispielsweise " an einem echten Widerspruch krankt ". [66] Ebenso, wenn ein Entscheid

61) BGE 93 I 656. Bei der Prüfung der Frage, ob die staatsrechtliche Beschwerde offensteht, täuscht sich ein grosser Teil der Rechtssuchenden. Die jährliche Statistik des Bundesgerichtes zeigt, dass beinahe jedes fünfte Urteil der Staatsrechtlichen Kammer ein Nichteintretensentscheid ist (vgl. LUDWIG, Staatsrechtliches Beschwerdeverfahren, S. 163).

62) Das rechtliche Gehör, S. 197 ff.

63) BGE 93 I 6.

64) BGE 93 I 6.

65) BGE 1o2 Ia 4; 97 I 24.

66) BGE 91 I 2o7.

klares Recht missachtet oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstösst. [67] Der Entscheid über eine Ermessensfrage ist nur willkürlich, wenn das urteilende Organ sich von " absonderlichen und sachwidrigen Ueberlegungen leiten lässt " und einen offensichtlich unbilligen Beschluss fasst. [68]

Ein Rechtssatz ist willkürlich, wenn er auf keinerlei ernsthafte, sachliche Gründe gestützt werden kann, sinn- und zwecklos oder unvernünftig ist. [69]

II. Rechtsgleichheit in der Sozialversicherung

1. Im allgemeinen

Die Rechtsgleichheit ist in der Verfassung verankert. [7o] Sie und die mit ihr verbundenen Prinzipien [71] beanspruchen deshalb auch in der Sozialversicherung Geltung.

Der Gesetzgeber leistet dem Gleichheitssatz Genüge, wenn er nach " sachlich einleuchtenden Motiven " [72] Gruppen bildet; er spricht dann von " Arbeitgeber ", " Militärpersonen ", " Invaliden ". [73]

67) BGE 9o I 139 E. 2.

68) BGE 99 Ia 452 E. 4.

69) FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 414 (vgl. dazu ebenfalls BGE 1o2 Ia 44).

7o) Art. 4 BV.

71) Vgl. vorne S. 11 ff.

72) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 188.

73) Vgl. HUBER, Grundsätze, S. 1o ff.

Auch die rechtsanwendenden Organe in der Sozialversicherung sind verpflichtet, sich an die Rechtsgleichheit und die davon abgeleiteten Prinzipien zu halten. In gleichgelagerten Fällen sollen sie den Bürgern die gleichen Pflichten auferlegen oder ihnen die gleichen Leistungen erbringen. Diese Gleichbehandlung bietet kaum Schwierigkeiten, wo beispielsweise Funktionäre einer Ausgleichskasse aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen eine Rente zu berechnen haben.[74)]

Wo aber eine Verwaltungsbehörde auf ihr Ermessen verwiesen wird, können die Probleme grösser werden: es besteht die Gefahr des Ermessensmissbrauchs, insbesondere der Ermessensüberschreitung. Um dies zu verhindern, sind die Verwaltungsbehörden verpflichtet, den freien Spielraum, der ihnen durch das Ermessen zugewiesen wird, pflichtgemäss nach sachlichen Gesichtspunkten auszufüllen.[75)] Der Gesetzgeber hat beispielsweise im KUVG darauf verzichtet, den Unfallbegriff zu definieren. Die Umschreibung blieb der SUVA und der Praxis der Gerichte vorbehalten. Dabei spielt das Gebot der rechtsgleichen Behandlung insofern eine Rolle, als man verhindern musste, bei gleichem Tatbestand ein Ereignis einmal als Unfall, das nächste Mal jedoch nicht als solchen zu behandeln.[76)] Je genauer der Unfallbegriff erarbeitet ist, umso kleiner wird die Gefahr willkürlicher Entscheidung.[77)]

74) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 188.

75) GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 145 ff.; vgl. auch EGGENSCHWILER, Ermessenskontrolle, S. 457, der mit der Ermessensfreiheit der Behörde die Verpflichtung verbindet, sich an Grundsätze zu halten.

76) MAURER, Recht und Praxis, S. 85.

77) MAURER, a.a.O., S. 85.

2. Im besonderen die Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichtes

Das Eidg. Versicherungsgericht hat verschiedentlich zur Anwendung von Art. 4 BV Stellung bezogen:

- Es äusserte sich zum Problem der formellen Rechtsverweigerung, insbesondere zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. [78] Dabei stellte das Eidg. Versicherungsgericht fest, dass dem Recht auf Akteneinsicht Genüge getan sei, wenn dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Eidg. Versicherungsgericht die vollständigen Akten vorlagen. [79] Der Fehler, den man dem kantonalen Richter vorwerfen könnte - die Verweigerung der Akteneinsicht in seinem Verfahren - wird dadurch geheilt. [8o]
- Als willkürlich [81] im Sinne von Art. 4 BV bezeichnete das Eidg. Versicherungsgericht die Anwendung einer kantonalen Verfahrensregel durch das Versicherungsgericht des Kantons Bern; [82] dabei erklärte es, das

78) Vgl. zum Begriff des rechtlichen Gehörs die Darstellung vorne S. 11 ff.

79) Vgl. über die Verbindung zwischen dem rechtlichen Gehör und dem Recht auf Akteneinsicht die Ausführungen in Fussnote 58, vorne S. 13.

8o) BGE 99 V 6o f.; in diesem Zusammenhang erklärte das Eidg. Versicherungsgericht, Art. 1o4 Abs. 1 lit. a OG verfüge, dass eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerichtet sein könne. Der Begriff des Bundesrechtes im Sinne dieser Bestimmung umfasse auch die Rechte, die man dem einzelnen durch die Bundesverfassung gewähre (vor allem Art. 4 BV). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde übernehme die Rolle der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten durch die kantonalen Verwaltungsbehörden. Im Rahmen dieser Verwaltungsgerichtsbeschwerden war daher auch auf die Beschwerde wegen Verletzung der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV einzutreten.

81) Vgl. zum Begriff der Willkür vorne S. 14 f.

82) BGE 99 V 55 ff.: Weil der Rekurrent nicht an seiner

Willkürverbot erstrecke sich auch auf die Behandlung von Ausländern. [83]

III. Prozessrechtliche Bedeutung der Rechtsgleichheit

Der Rechtsgleichheit kommt eine grosse prozessrechtliche Bedeutung zu, machen doch die Beschwerden, welche sich auf eine Verletzung der Rechtsgleichheit und der daraus abgeleiteten Prinzipien [84] berufen, rund drei Viertel aller staatsrechtlichen Beschwerden aus. [85]

früheren Adresse erreicht werden konnte, wies das kantonale Versicherungsgericht einen Rekurs zurück. Dieser Rückweisungsentscheid wurde aufgehoben. Wohl wolle die im konkreten Fall in Frage kommende kantonale Regel den Gerichten zu viele Nachforschungen und Schreibarbeiten ersparen. Da jedoch der weggezogene Ausländer dem Richter sein neues Domizil - welches sich im Ausland befindet - mitgeteilt hatte, wäre es einfach gewesen, mit dem Rekurrenten Kontakt aufzunehmen.

83) Weitere Entscheide über die Anwendung von Art. 4 BV im Verfahren:

BGE 99 V 12o ff. befasste sich mit der formellen Rechtsverweigerung (vgl. vorne S. 11 ff.) und erklärte, dass es überspitzt formalistisch sei, das von einem Nichtanwalt als Vertreter eingereichte Rechtsmittel von der Hand zu weisen, anstatt dem Beschwerdeführer eine Nachfrist zur Behebung des Mangels zu gewähren.

Zum rechtlichen Gehör bezog BGE 99 V 188 ff. Stellung und führte aus, dass die entscheidende Behörde die Pflicht habe, sämtliche für den Entscheid erheblichen Vorbringen der Parteien zu würdigen.

84) Vgl. vorne S. 11 ff.

85) LUDWIG, Staatsrechtliches Beschwerdeverfahren, S. 165.

Die Handhabung des Instrumentes der staatsrechtlichen Beschwerde im allgemeinen ist jedoch nicht sehr einfach. [86] Was die Beschwerden wegen Verletzung der Rechtsgleichheit anbetrifft, ergeben sich zusätzliche Schwierigkeiten. Art. 87 OG erklärt: " Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung ist erst gegen letztinstanzliche Endentscheide zulässig, gegen letztinstanzliche Zwischenentscheide nur, wenn sie für den Betroffenen einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge haben. "

Die Bestimmung, dass das angefochtene Urteil ein letztinstanzlicher Endentscheid sein müsse oder dann ein letztinstanzlicher Zwischenentscheid mit einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil, gilt nur für die Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV und der daraus abgeleiteten Prinzipien; [87] das bedeutet eine Begrenzung der Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV. [88]

86) Vgl. Fussnote 61, vorne S. 14.

87) Vgl. vorne S. 11 ff.

88) Weitere staatsrechtliche Beschwerden richten sich gegen alle Arten von letztinstanzlichen Entscheiden, also auch gegen Zwischenentscheide ohne nicht wiedergutzumachenden Nachteil (hiezu gehören die Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger gemäss Art. 84 lit. a OG mit Ausnahme der Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV und jener sechs Beschwerden, die Art. 86 Abs. 2 OG nennt).

Andere staatsrechtliche Beschwerden erfordern nicht einmal die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs. Unter andern rechnet man jene Beschwerden dazu, welche Art. 84 lit. b - d OG nennt, also die Verletzung von Konkordaten, Staatsverträgen und die Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften über die Abgrenzung der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit der Behörden (vgl. LUDWIG, Staatsrechtliches Beschwerdeverfahren, S. 164 f.).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfährt jedoch diese Begrenzung der staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV ihrerseits wieder eine Ausdehnung. Der Nachweis des nicht wiedergutzumachenden Nachteils [89] muss nicht immer erbracht sein: werden nämlich neben einer Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit selbständig noch andere Beeinträchtigungen von verfassungsmässigen Rechten gerügt, ist auf diese andern Rügen einzutreten. Dabei wird auch die Beschwerde gehört, welche sich auf die Rechtsgleichheit beruft, ohne dass der nicht wiedergutzumachende Nachteil dargetan werden müsste. [9o]

§ 3 Gesetzmässigkeit

I. Begriff

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit oder Legalität regelt das Verhältnis von Gesetz und Verwaltung. [91] Seine wichtigste Funktion liegt in der Bindung der Verwaltungsorgane und auch der Rechtsprechung an Recht und Gesetz: der Bürger soll vor nicht voraussehbaren staatlichen Eingriffen und vor rechtsungleicher Behandlung [92] geschützt

89) Ein nicht wiedergutzumachender Nachteil liegt vor, wenn die Wirkungen des Zwischenentscheides nicht durch eine im Anschluss an das Endurteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde behoben werden können (BGE 99 Ia 249 f.).

9o) BGE 99 Ia 44: in casu rief die Beschwerdeführerin neben Art. 4 BV auch die Art. 22ter und Art. 31 BV an.

91) SCHWARZENBACH, Grundriss, S. 72.

92) Die Beziehung zwischen dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit als nicht in der Verfassung genanntes Prinzip und der Rechtsgleichheit wurde bereits dargelegt (vgl. vorne S. 4).

werden. [93] BLUMENSTEIN bezeichnet den Grundsatz als den " rechtlichen Ausgangspunkt jeder Verwaltungstätigkeit im modernen Rechtsstaat ". [94]

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit ist in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich niedergelegt; er wird als ungeschriebenes, geltendes Recht betrachtet. [95] In der Literatur werden zwei Ausgestaltungen des Grundsatzes auseinandergehalten: der Gesetzesvorrang und der Gesetzesvorbehalt. [96]

1. Gesetzesvorrang

Der Gesetzesvorrang bedeutet für die Verwaltung, dass die von ihr gesetzten generellen Normen den Gesetzen nicht widersprechen dürfen [97] und " nur insoweit rechtsgültig sind, als ihr Inhalt gesetzmässig ist ". [98] Ebensowenig dürfen anderseits die Verwaltungsakte gegen geltende Rechtssätze verstossen. [99]

Der Grundsatz des Gesetzesvorrangs entspringt der Gewaltenteilung. [100] Die Funktion der Legislative wäre unsinnig, wenn die Exekutive und die Judikative gegen

93) SCHWARZENBACH, Grundriss, S. 73.
94) Grundsatz, S. 321.
95) JEZLER, Grundsatz, S. 62 ff.
96) GRISEL, Droit, S. 162.
97) JEZLER, a.a.O., S. 36.
98) RUCK, Rechtmässigkeit, S. 52.
99) JEZLER, a.a.O., S. 36.
100) GIACOMETTI, Lehren, S. 15; ebenso IMBODEN, Gesetz als Garantie, S. 5 ff.

die Gesetze [101] verstossen dürften. [102] Soll nämlich das massgebend sein, was das Volk oder dessen Vertreter als ihren Willen bekunden und findet dieser Wille in den Gesetzen seinen Ausdruck, dann muss die Verwaltung (als der Exekutive untergeordnetes Organ) an die Gesetze gebunden sein. [103] Dürften sich die Exekutive und die Justiz über den Inhalt dieser Normen hinwegsetzen, könnte der Volkswille nicht durchdringen: das Gewaltenteilungsprinzip wäre aufgehoben. [104]

Die Gesetzmässigkeit der Verwaltungsorgane wird durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährleistet. Eine der Aufgaben der Verwaltungsgerichte besteht darin, " Anordnungen von Behörden, die von Amtes wegen öffentliches Recht anwenden ", auf ihre Uebereinstimmung mit den Gesetzen zu zu prüfen. [105] [106]

101) Vgl. GRISEL, L'Administration et la loi, S. 31 f.: Unter dem Begriff des Gesetzes versteht man hier jede generell-abstrakte Regel. Es ist gleichgültig, ob es sich um geschriebenes Recht oder um Gewohnheitsrecht handelt. Es gehören dazu die Erlasse, über die entweder vom Volk oder im Parlament abgestimmt wurde; ebenso die Verordnungen, welche von der Exekutivgewalt erlassen wurden. Der Erlass kann Recht des Bundes, der Kantone oder von Gemeinden enthalten.

102) JEZLER, Grundsatz, S. 74.

103) JEZLER, Grundsatz, S. 74.

104) JEZLER, Grundsatz, S. 74.

105) BURCKHARDT, Kommentar, S. 797 f.

106) BURCKHARDT, a.a.O., S. 797,weist darauf hin, dass Anordnungen des Bundesrates - seien es rechtsanwendende oder rechtssetzende - nicht weiterziehbar sind. Dies ergebe sich aus Art. 103 BV in der Verbindung mit Art. 114bis BV. Art. 103 BV lasse erkennen,dass die Beschwerde gegen Anordnungen des Bundesrates ausgeschlossen sein solle.

Zu diesen Bemerkungen von BURCKHARDT ist jedoch folgendes festzuhalten:

2. Gesetzesvorbehalt

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes ist die andere Ausgestaltung des Legalitätsprinzips: die Einschränkung eines verfassungsmässigen Rechtes (z.B. der Eigentumsgarantie oder der Freiheitsrechte in der Verfassung [107]) durch die Verwaltung ist nur zulässig, wenn sich diese auf ein Gesetz im materiellen Sinn stützen kann, d.h. auf einen generellen und abstrakten Rechtssatz, der seinerseits verfassungsmässig ist. [108]

Trifft der Bundesrat als rechtsanwendendes Organ eine Anordnung, ist Art. 98 Abs. 1 lit. a OG der Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 2o. Dezember 1968, in Kraft seit dem 1. Oktober 1969 (AS 1969/767), zu beachten. Dieser Artikel erklärt nämlich, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist gegen Verfügungen des " Bundesrates auf dem Gebiet des Dienstverhältnisses von Bundespersonal, soweit das Bundesrecht vorsieht, dass der Bundesrat als erste Instanz verfügt ". Jedoch gilt es in diesen Fällen, da das Bundesrecht die Verfügungsbefugnis des Bundesrates in erster Instanz vorsieht, auch Art. 23 II des BG über die Organisation der Bundesverwaltung in der Fassung des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 2o. Dezember 1968 in Betracht zu ziehen. Dieser Artikel bestimmt nämlich, dass die in Art. 98 Abs. 1 lit. a OG genannten Geschäfte " an Mittelinstanzen zur selbständigen Erledigung zu übertragen " sind, womit " die Entscheidungsbefugnis des Bundesrates ausgeschlossen ist ".(GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 122, lit. f).

107) Als Beispiele seien folgende Freiheitsrechte der Verfassung genannt: die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV), ferner die Glaubens-und Gewissensfreiheit (Art. 49 BV) sowie die Pressefreiheit (Art. 55 BV).

108) BGE 87 I 453.

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausschliesslich bei Eingriffen der Verwaltungsorgane, sondern auch dann, wenn die Verwaltung dem Bürger " Rechte gewährt oder Leistungen verabfolgt ". [109)]

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Geltungsbereich des Gesetzesvorbehaltes ist freilich nicht eindeutig. Wiederholt hat das Bundesgericht es abgelehnt, den Grundsatz zu bejahen, wenn die Verwaltungsorgane dem einzelnen Bürger Leistungen erbringen. [110)] Anderseits sprach es davon, dass die oberste Richtschnur für die Verwaltung das Gesetz sei. [111)] JEZLER ist der Ansicht, dass der Gesetzesvorbehalt in der bundesgerichtlichen Judikatur nur in bezug auf die Eingriffsverwaltung gesichert ist. [112)]

II. Gesetzmässigkeit in der Sozialversicherung

Die Anwendung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit ist in der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichtes nicht bestritten. [113)] Doch auch in der Sozialversicherung stellt sich die Frage, ob das Prinzip nur für Eingriffe

109) HUBER, Grundsätze, S. 8.

110) BGE 65 I 300 f.; 51 I 148.

111) BGE 71 I 197.

112) Grundsatz, S. 40. Eine gegenteilige Meinung vertritt ROOS, Grundsatz, S. 129,der in BGE 71 I 197 den Schritt des Bundesgerichtes zur umfassenden Anerkennung des Gesetzesvorbehaltes sieht.

113) EVGE 1967, S. 40: " Das Handeln der Verwaltung hat dem Gesetz zu entsprechen. "

gilt, oder auch für das Erbringen von Leistungen. Bis heute hat das Eidg. Versicherungsgericht die Frage nicht beantwortet, ob beispielsweise die SUVA freiwillige Leistungen, d.h. vom Gesetz nicht vorgesehene, erbringen darf. [114]

Die Lehre ist sich einig, dass die Verwaltung auch nach der Leistungsseite hin gebunden ist. [115] Der Charakter der Sozialversicherung liegt im gegenseitigen Nehmen und Geben. Wenn die Beiträge der Versicherten genau umschrieben sind, so hat sich die Verwaltung an die im Gesetz vorgesehenen Leistungen zu halten. [116]

§ 4 Verhältnismässigkeit

I. Begriff

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit oder Proportionalität [117] bringt zum Ausdruck, dass die Beschränkung

114) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 183.

115) WANNAGAT, Lehrbuch, S. 226; HUBER, Grundsätze, S. 9.

116) SCHAEPPI, a.a.O., S. 184.

117) Es sei darauf hingewiesen, dass Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit der Massnahme nicht identische Begriffe sind. Im Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist der Grundsatz der Erforderlichkeit enthalten. Es handelt sich aber um zwei verschiedene Grundsätze. Erforderlich ist ein Eingriff, wenn das Gemeinwesen nicht mehr verlangt, als zur Erreichung des öffentlichen Zweckes notwendig ist. Das genügt jedoch nicht Der Eingriff muss auch verhältnismässig sein, d.h. das Opfer des einzelnen darf nicht in einem Missverhältnis zum Nutzen stehen, den die Allgemeinheit durch den Eingriff gewinnt. Vgl. v. KRAUSS, Grundsatz, S. 14 ff.; BOSSHARDT, Grundsatz, S. 397; LERCHE, Uebermass, S. 19 ff.

eines Rechts durch einen staatlichen Eingriff nicht weitergehen darf, als es der öffentliche Zweck erfordert. [118] Ein zur Verfügung stehendes Eingriffsinstrument [119] darf nicht unangemessen gehandhabt werden, um den öffentlichen Zweck [120] zu erreichen. [121] Stehen mehrere Mittel zur Verfügung, [122] ist dasjenige mit der geringsten Belastung des Individuums zu wählen. [123]

118) GERMANN, Probleme, S. 187 f.

119) Vgl. BGE 90 I 328 ff.: Das Bundesgericht äusserte sich zum Begriff des Eingriffsinstrumentes und stellte zur Anwendung eines Strassen- und Baulinienplanes durch die Gemeinde Wil folgende Erwägungen an: " Dabei genügt es nicht, dass die abzutretende Sache für die Durchführung des Unternehmens geeignet wäre; ihre Erwerbung muss vielmehr unumgänglich sein, um das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. Das ist freilich nicht nur dann anzunehmen, wenn das Unternehmen ohne die Sache überhaupt nicht durchführbar wäre, sondern schon dann, wenn es ohne sie nicht zweckmässig oder nur mit einem unverhältnismässigen Mehraufwand ausgeführt werden könnte. "

120) Der Begriff des " öffentlichen Zweckes " kann Verschiedenes umfassen. Als Beispiel sei erwähnt: Im Interesse der allgemeinen Gesundheit war (im Jahre 1965) den Arbeitnehmern ein ganzer Werktag zur Erholung einzuräumen. Um diesen Zweck zu verwirklichen, war eine Massnahme nicht unverhältnismässig, welche einheitlich neben dem Samstagnachmittag den Mittwochnachmittag für Verkaufspersonal festsetzte. Im Interesse des Personals musste eine einheitliche Regelung vorgeschrieben werden. Dieses Interesse überwog gegenüber jenem der Ladenbesitzer, welche geltend machten, am Mittwochnachmittag würden sie grössere Umsätze erzielen; sie forderten deshalb die Verlegung des freien Nachmittags auf einen andern Tag, was vom Bundesgericht abgelehnt wurde (BGE 91 I 106 ff.).

121) LERCHE, Uebermass, S. 19.

122) Vgl. hinten S. 30, oben.

123) v. KRAUSS, Grundsatz, S. 87.

Das gewählte Mittel muss geeignet sein, den erstrebten, im öffentlichen Interesse liegenden Erfolg herbeizuführen; dabei soll jedoch die persönliche Freiheit des einzelnen Rechtssubjektes so weit als möglich geschont werden. [124] Ausserdem muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem vorgesehenen Erfolg einerseits und den Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte anderseits vorliegen. [125] Eine Massnahme ist demnach unangemessen, wenn sie vom betroffenen Rechtssubjekt mehr fordert, als zur Herbeiführung des Erfolges nötig wäre. [126]

II. Anwendung

Ursprünglich war der Grundsatz der Verhältnismässigkeit vor allem als polizeirechtliches Prinzip bekannt. [127] Die Polizei war lange Zeit der einzige Verwaltungszweig, " welchem trotz aller rechtsstaatlichen Tendenzen eine so ungewöhnlich weitreichende Befugnis eingeräumt war und bleiben musste, aus eigener Entscheidung in die individuelle Freiheit einzugreifen ". [128]

124) GRISEL, Droit, S. 184; vgl. auch BGE 101 Ia 50: Der sich in Untersuchungshaft Befindende ist gewissen Einschränkungen seiner persönlichen Freiheit unterworfen. Diese Einschränkungen müssen nicht unbedingt in einem Gesetz vorgesehen sein; sie können sich auch bloss aus dem besonderen Verhältnis ergeben, welches den Inhaftierten mit dem Staat verbindet. Immerhin dürfen die Einschränkungen nicht weiter reichen, als es der Zweck der Untersuchungshaft erfordert: sie müssen verhältnismässig sein.

125) BGE 95 I 15 f.

126) v. KRAUSS, Grundsatz, S. 14 f.

127) MARTI, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 84 f.

128) v. KRAUSS, a.a.O., S. 19, der darauf hinweist, dass das den übrigen Verwaltungsbehörden zugestandene Ermessen, verglichen mit den der Polizei zustehenden Befugnissen, nicht ins Gewicht gefallen sei.

In der Literatur geht die Tendenz heute dahin, die Geltung des Grundsatzes der Proportionalität für das gesamte Verwaltungsrecht [129] zu fordern. [130] Auch die Rechtsprechung neigt dazu, den Grundsatz weiter auszudehnen und ihn zu einem umfassenden Grundsatz des Verwaltungsrechts werden zu lassen. [131] In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden, als es davon sprach, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergeben sich " unmittelbar aus der Verfassung ". [132]

III. Umfang

Der Begriff der Unangemessenheit ist sehr weit dehnbar. Es liegt auf der Hand, dass es einer Konkretisierung bedurfte und noch bedarf, um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit überhaupt anwendbar zu machen. [133]

129) Ein Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit findet sich auch im Zivilrecht: Art. 701 ZGB fordert vom Grundeigentümer, den Eingriff eines Dritten in sein Eigentum zu dulden, wenn dieser einen drohenden Schaden oder eine gegenwärtige Gefahr abwenden will. Dieser Eingriff muss jedoch nur zugelassen werden, wenn der Schaden oder die Gefahr ungleich grösser sind als die durch den Eingriff entstehenden Beeinträchtigungen.

130) GRISEL, Droit, S. 184; BOSSHARDT, Grundsatz, S. 396.

131) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Bd I, S. 345.

132) BGE 96 I 242; vgl. auch BGE 94 I 496.

133) Für den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist LERCHE, Uebermass, S. 316, anderer Ansicht. Er anerkennt wohl, dass viele Einzelsätze aus dem Uebermassverbot abgeleitet wurden; dies hätte jedoch nicht den Charakter der Konkretisierung gehabt. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bedürfe gar nicht der Zwischenschaltung konkretisierender Sätze, um anwendbar zu sein.

Für eine Enteignung müssen beispielsweise folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sein, damit sie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen vermag. [134]

- Sie muss ein geeignetes Mittel sein;
- Das geplante Unternehmen darf ohne die Enteignung nicht auf befriedigende Art und Weise erreicht werden können. Die Enteignung muss " ultima ratio " sein; [135]
- Das Enteignungsrecht muss für ein Unternehmen öffentlichen Interesses geltend gemacht werden. [136] Die Planung für dieses Unternehmen muss hinreichend bestimmt sein, d.h. der Plan muss so ausführlich sein, dass man das öffentliche Interesse des Unternehmens abschätzen kann;
- Ausserdem bedarf es der Aktualität des Unternehmens, für welches das Enteignungsrecht ausgeübt wird. Jedoch darf den mutmasslichen zukünftigen Verhältnissen Rechnung getragen werden. [137]

134) BOSSHARDT, Grundsatz, S. 397 ff.

135) Vgl. ZBl 64, S. 406: " ultima ratio " ist nicht absolut zu verstehen; die Unmöglichkeit, das Ziel auf befriedigende Weise zu erreichen, ist ausreichend.

136) Vgl. z.B. bei Enteignungen durch den Bund Art. 1 Abs. 1 EntG: " Das Enteignungsrecht kann geltend gemacht werden für Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen, sowie für andere im öffentlichen Interesse liegende Zwecke, sofern sie durch ein Bundesgesetz anerkannt sind. "

Als Anwendungsfälle aus dem kantonalen Recht seien erwähnt: ein Schulhausbau (BGE 99 Ia 475); die Erschliessung von Bauland durch Strassen (BGE 98 Ia 47 E. 3); ein Friedhofbau (vgl. Fussnote 137).

137) Bei der Planung eines Friedhofs soll nicht nur den gegenwärtigen Bedürfnissen Rechnung getragen werden, sondern es soll auf Jahrzehnte hinaus genügend Platz geschaffen werden (vgl. ZBl 63, S. 339).

- Besteht die Möglichkeit, durch Belastung mit Servituten das Ziel der Enteignung ebenfalls zu erreichen, darf nicht enteignet werden. Für das Freihalten einer Grünfläche genügt beispielsweise eine Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts. [138]

IV. Verhältnismässigkeit in der Sozialversicherung

Wie oben dargelegt worden ist, wird dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Rang eines Verfassungsrechtes zuerkannt. [139] Infolgedessen gilt der Grundsatz auch für die Sozialversicherung.

Das Eidg. Versicherungsgericht bezog zu dieser Frage in verschiedenen Urteilen über die Krankenversicherung Stellung:

In EVGE 1968, S. 16o ff. [14o] stellte es fest, der Grundsatz der Proportionalität gelte auch im Sozialversicherungsrecht des Bundes; dies ergebe sich nicht nur aus den

138) Vgl. ZBl 63, S. 291.

139) Vgl. vorne S. 28.

14o) Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Für einen im Tessin als Bäcker tätigen Grenzgänger schloss dessen Arbeitgeberin eine Kollektivkrankenversicherung ab. Das darin vorgesehene Krankengeld von Fr. 25.- wurde dem Versicherten, der wegen " Asthma bronchiale " gänzlich arbeitsunfähig war, seit dem 19. September 1966 ausbezahlt. Am 9. Mai 1967 teilte die Krankenkasse dem Bäcker mit, die Leistungen würden von diesem Tag an verweigert, da er ohne Bewilligung seinen Wohnort verlassen, eine Autowerkstätte aufgesucht und sich in ein Restaurant begeben habe.

In der Beschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht

allgemeinen Grundsätzen des Rechts, sondern auch aus der Auslegung der verschiedenen Gesetze. Das Eidg. Versicherungsgericht wies dabei vor allem auf die Invalidenversicherung hin: der Begriff der Zumutbarkeit, [141] der für das Sozialversicherungsrecht ganz generell Bedeutung habe, erfordere die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. [142]

Für die vom Bund anerkannten Krankenkassen folgt die Gültigkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit aus Art. 3 KUVG. [143] Deshalb muss zwischen Leistungen und Beiträgen ein Gleichgewicht bestehen. Dieses wäre gestört, wenn allfällige Massnahmen [144] den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. [145]

machte der Versicherte geltend, diese Sanktion komme praktisch dem Ausschluss aus der Krankenkasse gleich. Deshalb hätte die Krankenkasse das in den Kassenstatuten festgelegte, schriftliche Ausschlussverfahren anwenden müssen. Das Eidg. Versicherungsgericht hiess die Beschwerde gut, da durch den Entscheid der Krankenkasse der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt war.

141) Vgl. Art. 11 Abs.2 IVG: " Erfüllt ein Versicherter hinsichtlich der Invalidität die Voraussetzungen für den Rentenanspruch, werden ihm aber Eingliederungsmassnahmen z u g e m u t e t,so steht ihm oder bei seinem Tode den Personen, die ihren Versorger verloren haben, ein Anspruch zu auf Ersatz des durch die Eingliederungsmassnahmen verursachten und nach Absatz 1 nicht gedeckten Schadens. Genugtuung für seelischen Schmerz wird nicht geleistet. "

142) EVGE 1968, S. 163.

143) Art. 3 Abs. 3 KUVG: " Sie haben die Krankenversicherung nach den Grundsätzen der Gegenseitigkeit zu betreiben."

144) Neben Verweis und Geldbusse besteht die Möglichkeit, dass ein Mitglied der Krankenkasse wegen einer geringfügigen Uebertretung der Statuten mit dem Entzug erheblicher Leistungen bestraft wird oder gar aus der Kasse ausgeschlossen werden kann (EVGE 1968, S. 164).

145) Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die

Handelt es sich um schwere Sanktionen seitens der Krankenkasse (Ausschluss aus der Krankenkasse oder Einstellung der Leistungen bei eventuell weiterbestehender Pflicht zu Beitragsleistungen durch den Versicherten), fordert das Eidg. Versicherungsgericht grundsätzlich eine fruchtlose, schriftliche Mahnung. [146] Eine solche betrachtet es als unumgänglich, sobald " mehrere tausend Franken auf dem Spiel stehen ". [147]

Die Berufung des Versicherten auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist ausgeschlossen, wenn er - in Kenntnis der Umstände [148] - eine Krankmeldung verspätet macht: er hat die vorgesehenen Konsequenzen zu tragen. Die Krankenkasse kann ihm in einem solchen Fall die Leistungen entziehen. [149]

Sanktion in einem vernünftigen Verhältnis zu dem von der Krankenkasse verfolgten Zweck und zum Verschulden des Versicherten stehen (BGE 96 V 5, bestätigt in BGE 97 V 7o f. und BGE 98 V 144 ff.).

146) EVGE 1968, S. 164.

147) EVGE 1968, S. 165.

148) Die Krankenkasse muss den Versicherten nicht ausdrücklich auf die Folgen einer verspäteten Krankmeldung aufmerksam machen; es genügt, wenn er weiss, dass ihm die Pflicht obliegt, innert einer bestimmten Frist der Krankenkasse, bei der er versichert ist, Meldung zu erstatten (BGE 99 V 131 f.).

149) Vgl. BGE 99 V 129 ff.

§ 5 Rückwirkungsverbot

I. Begriff

Bevor auf die Bedeutung des Rückwirkungsverbotes eingetreten werden kann, ist der Begriff der Rückwirkung darzulegen. Sowohl in der schweizerischen wie auch in der deutschen Literatur machen Autoren den Unterschied zwischen einer " echten Rückwirkung " und einer " unechten Rückwirkung ". [15o)]

1. Echte Rückwirkung

Die echte Rückwirkung bedeutet " ein Wirken des neuen Rechts zurück in die Vergangenheit ". [151)] Auf Tatbestände, welche noch unter der Herrschaft des aufgehobenen Rechts verwirklicht wurden, werden neue Vorschriften anwendbar erklärt. [152)] Dabei kommt es zu einer Fiktion: das neue Recht fordert, dass ein Sachverhalt so behandelt wird, wie wenn die neue Norm schon Geltung besessen, die aufgehobene aber nicht mehr existiert hätte.[153)] Anstelle des hier verwendeten Begriffs

15o) Vgl. SCHEERBARTH, Anwendung, S. 6; GRISEL, Droit, S. 189. EBERLE, Schranken, S. 17 f., lehnt diese Differenzierung ab.

151) OTT, Nichtrückwirkung, S. 54.

152) GIACOMETTI, Lehren, S. 186.

153) OTT, a.a.O., S. 54. Als Beispiele erwähnen WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht, S. 145: Ein im März ergangenes Steuergesetz tritt am 1. Januar des gleichen Jahres in Kraft. Oder: Eine ursprünglich erlaubte Holzbauweise wird verboten. Wird dieses Verbot auf bereits fertiggestellte Häuser oder auf solche, für die eine Bewilligung zum Bau vorliegt, angewendet, liegt echte Rückwirkung vor.

der echten Rückwirkung wird in der deutschen Lehre auch jener der " Rückanknüpfung " verwendet. [154]

2. Unechte Rückwirkung

Von unechter Rückwirkung spricht man dann, wenn ein noch nicht abgeschlossener Sachverhalt mit dem Inkrafttreten eines neuen Rechtssatzes nach diesem beurteilt wird. [155] Auch hier entsteht ein Sachverhalt in der Vergangenheit. Anders als bei der echten Rückwirkung dauert er jedoch an, nachdem das neue Recht in Kraft gesetzt wurde; dieses gilt zwar " ex nunc et pro futuro ", [156] aber für einen Sachverhalt, der in der Vergangenheit begonnen hat und weiter andauert. [157] Mit dem Problem der unechten Rückwirkung befasst sich die Lehre weniger intensiv; ein Teil der Autoren klammert sie sogar als nicht zum Thema gehörend aus. [158]

II. Grundsatz der Nichtrückwirkung

Die rückwirkende Anwendung von Vorschriften kann empfindlich in die Freiheits- und Eigentumsrechte [159] der Bürger eingreifen. [16o] Der Grundsatz der Nichtrückwirkung soll eine übermässige Beeinflussung solcher Rechte

154) Vgl. KISKER, Rückwirkung, S. 12 f.; WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht, S. 145.

155) WOLFF/BACHOF, a.a.O., S. 145.

156) Vgl. BGE 99 V 2o3.

157) GRISEL, Droit, S. 189.

158) KISKER, a.a.O., S. 4, Fussnote 8.

159) Solche Rechte sind etwa: die Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV) sowie die in Fussnote 1o7, vorne S. 23, aufgezählten Freiheitsrechte der Verfassung.

16o) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 2o2.

verhindern, indem eine Vorschrift keine Wirkungen entfalten soll, bevor sie in Kraft gesetzt wurde. [161] Das Rückwirkungsverbot " liegt in der Idee des Rechtsstaates begründet ": das Postulat der Rechtssicherheit verbindet sich mit dem Interesse des Bürgers an der Voraussehbarkeit staatlicher Massnahmen. [162]

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung kommt vor allem im Gebiet der echten Rückwirkung zur Anwendung. Für die unechte Rückwirkung hat ihn das Bundesgericht ausgeschlossen, sofern nicht wohlerworbene Rechte die Nichtrückwirkung erfordern. [163]

III. Geltung des Rückwirkungsverbotes

1. Im Privatrecht

Art. 1 des Schlusstitels zum ZGB formuliert die " Regel der Nichtrückwirkung ". [164] Diese Regel gilt jedoch nicht nur für den Bereich des Zivilgesetzbuches; sie bezieht sich auch auf anderes als im ZGB enthaltenes Privatrecht. [165]

161) GRISEL, Droit, S. 189.

162) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 202.

163) Vgl. BGE 96 I 555; 94 I 391; 92 I 233; ebenso GRISEL, a.a.O., S. 189.

164) Vgl. die Marginale zu Art. 1 SchlT.

165) BGE 41 II 267 (es handelte sich um einen Fall des Patentrechtes). In BGE 84 II 182 erklärte das Bundesgericht, dass die Regeln des Schlusstitels "fester Bestandteil der schweizerischen Rechtsauffassung " geworden seien (vgl. auch BGE 96 II 11).

Während Art. 1 des Schlusstitels den G r u n d s a t z des intertemporalen Rechts formuliert, [166] gelten die Art. 2 - 4 [167] des Schlusstitels als A u s n a h m e n hiezu. [168] Bei letzteren Vorschriften handelt es sich um zwingende Normen, die " ausnahmslos und ausschliesslich " Geltung beanspruchen. [169]

166) Dieser Grundsatz besagt, dass neu erlassene Normen in der Regel nicht zurück in die Vergangenheit wirken (vgl. Fussnote 164, vorne S. 35).

167) Art. 2 SchlT: Rückwirkung von Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind.

Art. 3 SchlT: Rückwirkung für Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird. Als Hauptanwendungsfall hiezu (vgl. MUTZNER, Kommentar zum SchlT, S. 183) gilt der Art. 17 Abs. 2 SchlT, welcher bestimmt, dass " in Bezug auf ihren Inhalt " das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte - soweit keine Ausnahmen vorgesehen sind - unter dem neuen Recht stünden. Analog zu Art. 3 SchlT ist auch hier nur der gesetzliche Inhalt gemeint. Ein rechtsgeschäftlicher Inhalt untersteht der Grundregel von Art. 1 SchlT, d.h. es würde in diesem Fall zu einer Anwendung von altem Recht kommen;die Rückwirkung wird ausgeschlossen (vgl. hiezu BGE 79 II 4o3).

Art. 4 SchlT: Rückwirkung des Gesetzes für nicht erworbene Rechte. Als Beispiel sei genannt: Anwartschaften, aus denen noch kein rechtlich geschützter Anspruch geworden ist, gelten nicht als wohlerworbene Rechte und halten so gegenüber der neuen Regel nicht stand, da diese sie nicht anerkennt. Mit dem Inkrafttreten des ZGB wurde manche Hoffnung auf eine Erbschaft zerstört, da der Erblasser dieser Zeitpunkt überlebte; das neue Recht aber enthielt eine andere Regelung (vgl. TUOR/ SCHNYDER, Zivilgesetzbuch, S. 665).

168) BROGGINI, Intertemporales Privatrecht, S. 438 f.

169) BROGGINI, a.a.O., S. 44, unter Bezugnahme auf Eugen Hubers Entwurf einer Kodifikation des internationalen Privatrechts vom 3. März 19o5.

Auch heute, mehr als sechzig Jahre nach Inkrafttreten des ZGB, kommen dessen intertemporale Regeln immer noch zur Anwendung. [170] Das Bundesgericht hat nämlich entschieden, dass die übergangsrechtlichen Bestimmungen des SchlT zur Anwendung kommen sollen, wenn bei einer Aenderung des ZGB die Aenderungsnovelle keine eigenen Uebergangsbestimmungen enthält. [171] Ausserdem hielt das Bundesgericht fest, dass die übergangsrechtlichen Vorschriften des ZGB überall dort zu gelten hätten, " wo der Gesetzgeber keine Sonderbestimmungen erlassen hat ". [172] Eine vermehrt " revisionsfreudige Zeit " [173] hat so diese Bestimmungen davon bewahrt, in die Vergessenheit abzugleiten.

2. Im öffentlichen Recht

a) Im allgemeinen

Grundsätzlich gilt das Rückwirkungsverbot auch im öffentlichen Recht. [174] Sowohl Verwaltungsgesetze

170) HOMBERGER, Zivilgesetzbuch, S. 19, vertritt sogar die Ansicht, den intertemporalen Regeln des ZGB komme wieder " erhöhte Bedeutung " zu.

171) BGE 92 I 238 E. 4 betreffend das BG über die Abänderung des vierten Teils des ZGB (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19. Dezember 1963 (AS 1964, 993).

172) BGE 84 II 182 E. 2b betreffend fehlende übergangsrechtliche Bestimmungen im EGG.

173) TUOR/SCHNYDER, Zivilgesetzbuch, S. 666.

174) SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht, S. 94.

wie auch Verordnungen und Verfügungen von Verwaltungsbehörden sollen im Prinzip nicht rückwirkend in Kraft gesetzt werden. [175] Zu unterscheiden ist dabei zwischen belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten.

NEBINGER ist der Ansicht, dass insbesondere Verwaltungsakte, die Pflichten begründen oder Rechte entziehen, keine rückwirkende Kraft haben sollen. [176] Seit einigen Jahren findet diese Auffassung auch in der Schweiz allgemeine Anerkennung. [177] Das Bundesgericht lässt jedoch eine rückwirkende Anwendung von belastenden Erlassen zu, wenn kumulativ folgende Anforderungen erfüllt sind: [178]

- die Rückwirkung muss im Erlass ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt sein; [179]
- sie muss in zeitlicher Hinsicht mässig sein;
- sie darf zu keiner stossenden Rechtsungleichheit führen;
- die Rückwirkung muss sich durch beachtenswerte Gründe rechtfertigen lassen;
- sie darf nicht in wohlerworbene Rechte eingreifen. [180]

175) Vgl. GRISEL, Droit, S. 189.

176) Verwaltungsrecht, S. 222.

177) ZIMMERLI, Verbot, S. 109.

178) BGE 95 I 9; 94 I 5; 93 I 233.

179) Bei den Bundesgesetzen kommt nur der zweite Teil dieser Anforderung in Frage: regelt das Bundesgesetz nämlich die Rückwirkung, gilt Art. 113 Abs. 3 BV, der Bundesgesetze für das Bundesgericht verbindlich erklärt (vgl. auch BGE 102 Ia 34 f.).

180) Vgl. zu den wohlerworbenen Rechten IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. II, S. 849 ff.

Die Zulässigkeit der Rückwirkung von begünstigenden Normen hängt davon ab, " ob die Begünstigung eines Bürgers nicht die Benachteiligung Dritter mit sich bringt ".[181]

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass im öffentlichen Recht rückwirkende Normen unter gewissen Vorbehalten zulässig sind.

b) Im besonderen in der Sozialversicherung

Auch für die einzelnen Zweige der Sozialversicherung gilt, was oben dargelegt worden ist: wenn die Rückwirkung in einem Bundesgesetz vorgesehen oder ausgeschlossen ist, bildet Art. 113 Abs. 3 BV eine Schranke, an welche das Eidg. Versicherungsgericht gebunden ist.[182]

In allen anderen Fällen - so etwa in Novellen zu Bundesgesetzen ohne Uebergangsbestimmungen oder in Verordnungen des Bundesrates wie auch bei kantonalen Gesetzen - steht dem Eidg. Versicherungsgericht die Befugnis zu, die Frage der Rückwirkung zu beurteilen. Zu einzelnen Zweigen der Sozialversicherung erliess es dabei die nachfolgend behandelte Rechtsprechung.

aa) Alters- und Hinterlassenenversicherung

Die vierte Novelle zum AHVG [183] - es handelt sich um die sog. 4. AHV-Revision [184] - bestimmte,

181) SCHAEPPI, Kinderzulagen, S. 2o4.

182) Vgl. Fussnote 179, vorne S. 38.

183) BG betreffend die Aenderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 21. Dezember 1956 (AS 1957,262).

184) Vgl. BBl 1956, 1429 ff., insbesondere 144o, 1473.

dass ihre neuen Regelungen vom Zeitpunkt ihren Inkrafttretens an auch auf bereits laufende Renten anzuwenden sind (Ziff. II Abs. 2). Sonst aber kommt die rückwirkende Anwendung von Rechtsnormen für diesen Zweig der Sozialversicherung nur ausnahmsweise in Betracht. [185] Das Eidg. Versicherungsgericht hatte verschiedentlich Stellung zu beziehen; es äusserte sich zur unechten Rückwirkung folgendermassen: [186]

Die Art. 24 und 25 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung - handelnd von der Beitragsbemessung der Selbständigerwerbenden - wurden neu gefasst; [187] sie traten auf den 1. Januar 1954 in Kraft. Das Eidg. Versicherungsgericht stellte fest, die bisherigen Artikel seien am 31. Dezember 1953 vorbehaltlos ausser Kraft getreten. [188] Das neue Bemessungssystem " gelte somit für alle noch nicht erledigten Beitragsfestsetzungen, auch wenn diese vor dem 1. Januar 1954 ergangen seien und frühere Beitragsjahre betreffen ". [189] RENGGLI ist der Ansicht, dass sich im vorliegenden Fall die rückwirkende Anwendung der Vorschriften vertreten lässt. Die Bemessungsvorschriften seien zweimal revidiert worden und das neueste Bemessungssystem sei mit dem früheren unvereinbar gewesen; die einheitliche Beurteilung aller noch hängigen Fälle nach den neuesten Bemessungsvorschriften habe sich daher aufgedrängt. [19o] [191]

185) RENGGLI, Rückwirkung, S. 24o.

186) Vgl. zum Begriff der unechten Rückwirkung vorne S.34.

187) BRB betreffend die Aenderung der Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 3o. Dezember 1953 (AS 1954,219).

188) EVGE 1955, S. 192.

189) RENGGLI, a.a.O., S. 239.

19o) RENGGLI, a.a.O., S. 239.

191) Vgl. einen weiteren Fall von unechter Rückwirkung in EVGE 1954, S. 2oo ff.: Art. 16 AHVG - handelnd von

Auch in neuerer Zeit hat sich das Eidg. Versicherungsgericht zur unechten Rückwirkung geäussert. [192] In Bestätigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung [193] erklärte

der Verjährung der Beiträge - wurde anlässlich der dritten AHV-Revision neu gefasst. Das diese Revision betreffende Bundesgesetz vom 3o. September 1953 trat auf den 1. Januar 1954 in Kraft und enthielt keine Uebergangsbestimmungen. Das Eidg. Versicherungsgericht nahm an, dass alle noch nicht erledigten Fälle nach diesem neuen Artikel zu beurteilen seien. Das Gericht begründete seine Annahme u.a. damit, dass es sich bei der Neufassung nicht um neue Gesetzesbestimmungen handle, welche die Vorschriften über die Verjährung änderten. Es handle sich vielmehr um blosse Präzisierungen, welche eine bisher ungenügend geordnete Materie beträfen. Dieser Grund aber rechtfertige die sofortige und unverzügliche Anwendung der neuen Bestimmungen auf alle Beiträge, die seit dem Inkrafttreten des AHVG erhoben wurden und bis zum Stichtag (31.12.1953) nicht bezahlt waren.

192) BGE 99 V 2oo ff.: Die kinderlosen Eheleute Hemmi nahmen zwei Kinder unentgeltlich zur Pflege auf. Am 16. April 1965 starb der Ehemann. Die Witwe adoptierte die Kinder am 21. Februar 197o.

Anfangs 1973 gelangte die Witwe ein zweites Mal an die Ausgleichskasse mit dem Gesuch um Ausrichtung einer Witwenrente, nachdem ein erstes Gesuch schon 1965 abgelehnt worden war. Damals war ihr eine einmalige Witwenabfindung zugesprochen worden, da die Voraussetzungen für eine Witwenrente nicht erfüllt waren (vgl. Art. 23 AHVG). Das zweite Gesuch stützte sich auf die im Rahmen der 8. AHV-Revision geänderten Bestimmungen über den Rentenanspruch der Witwe, welche ab 1. Januar 1973 auch Witwen mit Stiefkindern des verstorbenen Ehemannes und Witwen mit Pflegekindern unter bestimmten Voraussetzungen eine Rente zuerkennen. Für Witwen mit Pflegekindern besteht ein Anspruch, sofern im Zeitpunkt der Verwitwung eines oder mehrere Pflegekinder im gemeinsamen Haushalt leben, die durch den Tod des Ehemannes Anspruch auf eine Waisenrente erwerben, und sofern der Ehemann unmittelbar vor dem Tod in Sinne von Art. 1 oder 2 AHVG versichert war und das oder die Pflegekinder von der Witwe an Kindes Statt angenommen werden (Art. 23 Abs. 1 lit. c AHVG).

Nach Durchlaufen des Instanzenzuges machte die Witwe Hemmi vor dem Eidg. Versicherungsgericht geltend, sie

es, dass diese Rückwirkung grundsätzlich zulässig sei, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen. Zusätzlich hielt es fest: " Keine Bedenken ergeben sich, fall sich die Gesetzesänderung in einer Verbesserung des Rechtszustandes zu Gunsten des Normadressaten erschöpft. Dies bedeutet jedoch nicht, dass den Betroffenen unter diesen Umständen generell ein Anspruch auf rückwirkende Anwendung neuen Rechts zustehen würde. " [194]

bb) Invalidenversicherung

Für diesen Zweig der Sozialversicherung hat das Eidg. Versicherungsgericht die Rückwirkung abgelehnt, wenn die tatbeständlichen Faktoren, aus welchen der Versicherte Rechte ableitet, sich vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen endgültig verwirklicht haben. [195]

verlange nicht eine rückwirkende Anwendung des neuen Rechts, sondern lediglich eine Anwendung dieses neuen Rechts ab seinem Inkrafttreten, d.h. dass ihr Leistungen nach neuem Recht zu erbringen seien, aber nur seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Die Voraussetzungen für die Ausrichtung einer Witwenrente seien erfüllt, wenn auch diese Erfüllung schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sei.

Das Eidg. Versicherungsgericht nahm unechte Rückwirkung an und schützte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Witwe Hemmi: es sprach ihr eine Witwenrente ab 1. Januar 1973 zu.

193) Vgl. Fussnote 163, vorne S. 35.

194) BGE 99 V 2o3.

195) EVGE 1968, S. 64 f.: Auf den 1. Januar 1968 traten das BG betreffend Aenderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 5. Oktober 1967 (AS 1968, 29) und der BRB betreffend Aenderung von Vollzugserlassen zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 15. Januar 1968 (AS 1968,43) in Kraft. In der Novelle zum IVG ist keine Rückwirkung vorgesehen, der BRB wurde rückwirkend in Kraft gesetzt; eine solche 15-tägige Rückwirkung bezeichnet das Eidg. Versicherungsgericht als noch gerechtfertigt, eine weitergehende Rückwirkung lehnte es ab (S. 65).

In concreto hatte der Beschwerdeführer vor dem Inkrafttreten der neuen Regelung die IV-Kommission darum ersucht, die Invalidenversicherung solle die Anschaffungskosten seines Motorfahrzeuges übernehmen. Der Sachverhalt, aus welchem die materiellen Ansprüche abgeleitet wurden, hatte sich noch vollständig unter altem Recht verwirklicht. Das Eidg. Versicherungsgericht entschied deshalb den Streit nach altem Recht, soweit Leistungen in Frage standen, die vor dem 1. Januar 1968 hätten erbracht werden sollen.

Für Leistungen der Invalidenversicherung nach dem 31. Dezember 1967 wies das Eidg. Versicherungsgericht im nämlichen Fall darauf hin, dass gegebenenfalls neues Recht zur Anwendung kommen könnte, ohne näher auf die Voraussetzungen einzutreten, welche dazu verlangt würden. [196] Im Falle der Auszahlung von Leistungen nach dem 1. Januar 1968 aufgrund des neuen Rechts würde auch hier unechte Rückwirkung vorliegen: ein Sachverhalt hätte sich in der Vergangenheit verwirklicht, ohne aber abgeschlossen zu sein. [197] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt diese Rückwirkung zu, wenn nicht in wohlerworbene Rechte eingegriffen wird. [198]

196) Es wird lediglich auf den Mitbericht des Bundesamtes für Sozialversicherung hingewiesen. Doch auch das Bundesamt sprach sich nicht über die Voraussetzungen aus, welche zur Leistung von Beiträgen nach Inkrafttreten des neuen Rechts erfüllt sein müssten; es deutete lediglich an, dass die IV-Kommission allenfalls zu prüfen habe, ob im Lichte der seit dem 1. Januar 1968 geltenden Bestimmungen mindestens ab diesem Zeitpunkt Beiträge zu gewähren seien (vgl. Mitbericht des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 9. Februar 1968 i.S. Hirschi gegen Ausgleichskasse der schweizerischen Maschinen- und Metallindustrie, S. 5).

197) Vgl. die Bemerkungen zur unechten Rückwirkung vorne S. 34.

198) Vgl. Fussnote 163, vorne S. 35.

cc) Unfallversicherung

Im Gebiet der Unfallversicherung wird zum Teil streng am Grundsatz der Nichtrückwirkung festgehalten. [199] So bestimmt das Bundesgesetz betreffend Aenderung des KUVG vom 19. September 1952, [2oo] dass seine Vorschriften auf Schadenfälle Anwendung finden, die sich nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens ereignen (Art. 2).

Anderseits lässt die bundesrätliche Verordnung über Berufskrankheiten vom 17. Dezember 1973 [2o1] eine kurze Rückwirkung von einem Monat zu, schliesst jedoch eine weitergehende Anwendung der Bestimmungen rückwirkend aus. [2o2] Diese Verordnung wurde auf den 1. Februar 1974 in Kraft gesetzt. Dabei wurde eine Anzahl von Krankheiten aufgenommen, welche bisher keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen begründet hatten. Für diese neu aufgenommenen Krankheiten werden Versicherungsleistungen rückwirkend auf den 1. Januar 1974 ausgerichtet. [2o3]

Was die Praxis anbetrifft, lässt das Eidg. Versicherungsgericht auch auf dem Gebiet der Unfallversicherung gemäss konstanter Rechtsprechung [2o4] die unechte Rückwirkung zu. So leitete sie das Eidg. Versicherungsgericht aus den Uebergangsbestimmungen des Bundesgesetzes betreffend Aenderung des KUVG vom 27. September 1973 [2o5] implicite ab. [2o6]

199) RENGGLI, Rückwirkung, S. 237.

2oo) In Kraft seit dem 1. Januar 1953 (AS 1952,1o19).

2o1) AS 1974,47.

2o2) Vgl. Führer durch die Unfallversicherung 1974, S. 124.

2o3) Vgl. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung

2o4) Vgl. vorne S. 41 und Fussnote 193, vorne S. 42.

2o5) In Kraft seit dem 1. Januar 1974 (AS 1974,163f.).

2o6) Vgl. Ziff. III des Gesetzes, wo u.a. steht: " Die laufenden Renten der Nichtbetriebsunfallversicherung der SUVA werden nicht unter den vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ausgerichteten Betrag gekürzt. "

Aus diesen übergangsrechtlichen Regeln gehe der Wille des Gesetzgebers hervor, Leistungen an Pflegekinder gemäss revidiertem Art. 85 Abs. 2 KUVG [207] auch in Fällen zu erbringen, in denen sich der Versicherungsfall vor dem Inkrafttreten ereignet hat. [208]

dd) Militärversicherung

Das Bundesgesetz über die Militärversicherung [209] fordert, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht rechtskräftig entschiedene Militärversicherungsfälle nach dem neuen Recht zu beurteilen sind. [210] Eine gleichlautende Bestimmung enthält das Bundesgesetz betreffend die Aenderung des MVG vom 19. Dezember 1958. [211] RENGGLI bejaht diese rückwirkende Anwendung von Rechtsnormen, da durch beide Gesetze die Stellung des Wehrpflichtigen bedeutend verbessert werde. [212]

207) Vgl. Art. 85 Abs. 2 KUVG: " Kinder, die zur Zeit des Unfalles in gesetzlicher Weise angenommen oder ehelich erklärt oder unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen waren, sind den ehelichen gleichzustellen. "

208) BGE 99 V 204.

209) BG vom 20. September 1949.

210) Vgl. Art. 60 Abs. 2 MVG.

211) In Kraft seit dem 1. Januar 1959 (AS 1959,303 ff.).

212) RENGGLI, Rückwirkung, S. 236.

§ 6 Treu und Glauben

I. Begriff

Wie schon erwähnt worden ist, [213] gibt es allgemeine Rechtsgrundsätze, die auf Gesetzesstufe formuliert sind. Der Grundsatz von Treu und Glauben gehört dazu. [214] Dieser Grundsatz fordert wechselseitige Rücksichtnahme [215] und soll einen vertrauensvollen Rechtsverkehr gewährleisten; man spricht deshalb auch vom Vertrauensprinzip. [216] Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben richtet " sich gleichermassen an den sein Recht Ausübenden wie an den seine Pflicht Erfüllenden ". [217] Das Bundesgericht nennt das Vertrauensprinzip einen " Leitstern der Gesetzesanwendung " und eine " Schranke aller Rechtsausübung ". [218]

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist für alle jene Fälle vorgesehen, wo durch die Ausübung eines Rechts offenbar Unrecht gesetzt wird. [219] Merkmal des Rechtsmissbrauchs ist die " zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will ". [22o]

213) Vgl. vorne S. 4.

214) Art. 2 Abs. 1 ZGB: " Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. "

Art. 2 Abs. 2 ZGB: " Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz. "

215) MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 17, S. 229 f.

216) REICHEL, Einleitungsartikel, S. 318.

217) MERZ, a.a.O., N 17, S. 229.

218) BGE 83 II 348.

219) MERZ, a.a.O., N 21, S. 231.

22o) BGE 94 I 667.

II. Notwendigkeit der Konkretisierung

Die Formulierung von Art. 2 ZGB ist allgemein gehalten: beim Grundsatz von Treu und Glauben handelt es sich um eine Generalklausel. [221] Die Generalklauseln [222] sind nicht unmittelbar vollziehbar, sondern bedürfen der Konkretisierung. [223] Auch das Vertrauensprinzip muss konkretisiert werden, damit es angewendet werden kann. [224] Deshalb genügt es nicht, bei der Berufung auf einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben auf Art. 2 ZGB hinzuweisen; vielmehr muss im Einzelfall eine praktikable Unternorm zur Verfügung gestellt werden. [225] Dies geschieht durch Bildung von Regeln, die sich auf typische Tatbestände beziehen. [226] Trotz dieser Regeln erweist sich aber der Grundsatz von Treu und Glauben nicht als Norm, welche sich auf bestimmte Fragen festlegen lässt. Diese Norm muss vielmehr immer wieder fähig sein, " die vom Leben in unübersehbarer Fülle aufgeworfenen Probleme zu meistern ". [227]

Nach STAMMLER ist es dabei nicht möglich, zum vornherein anzugeben, in welchem Masse in einem künftigen Streitfall Treu und Glauben zur Anwendung gelangen wird; " man muss immer erst die besonderen Umstände gerade dieser Sachlage abwarten und das gesamte konkrete Material vorliegen haben, ehe sich ein Urteil in jenem Sinne begründen lässt. [228]

221) MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 3o, S. 234.

222) DESCHENAUX, Einleitungstitel, S. 149, definiert die Generalklauseln als Vorschriften, " welche in die Anwendung des Rechts eine Verweisung auf allgemeinste Werte einführen: die Billigkeit, die Rechte der Persönlichkeit ".

223) SPIRO, Gerichtsgebrauch, S. 37 ff.

224) MERZ, a.a.O., N 29 ff., S. 234 ff.

225) SPIRO, Uebermässige Verpflichtungen, S. 5o5 f.

226) MERZ, a.a.O., N 33, S. 235.

227) MERZ, Generalklausel, S. 344.

228) STAMMLER, Recht der Schuldverhältnisse, S. 46.

III. Geltungsbereich von Treu und Glauben

Aufgrund seiner Stellung in den Einleitungsartikeln zum ZGB beansprucht der Grundsatz von Treu und Glauben im gesamten Gebiet des Bundesprivatrechts Geltung. [229] Der Begriff des Bundesprivatrechts umfasst das Gesetzesrecht (einschliesslich der Nebengesetzgebung), das Gewohnheitsrecht und das aus der Rechtsprechung stammende Recht; ebenso gehört das Uebergangsrecht des Schlusstitels zum ZGB dazu. [23o]

Im Privatrecht kommt der Grundsatz von Treu und Glauben vor allem bei der Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften sowie bei der Auslegung und Vervollständigung von Gesetzen zur Anwendung. [231]

- Treu und Glauben ist ein beherrschender Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Auslegungslehre. [232] Grundlage der Auslegung ist Art. 18 Abs. 1 OR, [233] der verlangt,

229) MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 63, S. 244.

23o) DESCHENAUX, Einleitungstitel, S. 158 und dort Fussnote 55.

231) Weitere Anwendungsfälle nennt DESCHENAUX, a.a.O., im Zusammenhang mit der Auslegung und Ergänzung von Verträgen: die Regeln von Treu und Glauben gelten auch für die Nebenpflichten von Verträgen wie die Mitwirkungspflicht oder die Mitteilungspflicht (S.175), ebenso wie für die Vertragsverhandlungen: wer bei diesen Verhandlungen das Vertrauen der Gegenpartei verletzt, d.h. wen eine sog. " culpa in contrahendo " trifft, der handelt gegen Treu und Glauben (S. 177).

232) MERZ, a.a.O., N 119, S. 258.

233) Art. 18 Abs. 1 OR: " Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. "

dass für die Beurteilung eines Vertrages der wirkliche Parteiwille berücksichtigt werde. [234] Massgebend sind dabei die Vorstellungen, welche sich die Parteien über die Bedeutung ihrer Erklärung machten und nicht ein eventuell davon abweichender Sprachgebrauch. [235] Kann dieser wirkliche Parteiwille nicht genau festgestellt werden, verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben, dass auf den äusseren Erklärungstatbestand abgestellt werde: die Willenserklärungen sind so auszulegen, wie ihr Empfänger sie in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste. [236]

- Art. 1 Abs. 2 ZGB anerkennt ausdrücklich die Lückenhaftigkeit von Gesetzen und weist den Richter an, nach den Regeln zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wenn er auch dem Gewohnheitsrecht keine Lösung entnehmen kann. [237] Dabei hat der Richter unter anderm [238] auch den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. [239] In diesem Sinn vervollständigen die Regeln von Treu und Glauben die Bestimmungen über die Auslegung und Gesetzesergänzung von Art. 1 ZGB. [24o]

234) MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 121, S. 259.

235) GUHL, Auslegung, S. 161 f.

236) MERZ, a.a.O., N 125, S. 26o,und N 146, S. 265.

237) Art. 1 Abs. 2 ZGB: " Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach den Regeln entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

238) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 353 ff., S. 166 ff., nennt als weitere Hilfsmittel, die dem Richter bei dieser Rechtsfindung u.a. zur Verfügung stehen, die Rechtsvergleichung, die Rechtsgeschichte sowie geplante Gesetzesrevisionen.

239) MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 4o6, S. 181.

24o) DESCHENAUX, Einleitungstitel, S. 149.

Die Geltung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht wird in einem weiteren Abschnitt [241] dargestellt; dieser Abschnitt wird von besonderer Bedeutung sein, behandelt doch das Thema der Arbeit die Rechtsprechung von Sozialversicherungsgerichten, also von Gerichten, die den Grundsatz von Treu und Glauben vorwiegend unter dem Aspekt des öffentlichen Rechts betrachten.

IV. Abgrenzung von Treu und Glauben zum Guten Glauben

Der deutsche Text des ZGB spricht in Art. 2 von Treu und Glauben, während in Art. 3 von Gutem Glauben die Rede ist. [242] Anders die romanischen Texte, welche in beiden Artikeln des ZGB den Begriff der " bonne foi " respektive der " buona fede " verwenden. Es besteht jedoch ein Unterschied zwischen Treu und Glauben einerseits und gutem Glauben anderseits, dem die Einheitsbezeichnungen (bonne foi, buona fede) nicht gerecht werden; dies kommt auch in der Literatur zum Ausdruck. [243]

Guter Glaube liegt dann vor, wenn sich jemand trotz eines vorhandenen Rechtsmangels nicht bewusst wird, dass ein solcher vorliegt. [244] Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein

241) Vgl. § 7, hinten S. 52 ff.

242) Art. 3 Abs. 1 ZGB: " Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten. "

Art. 3 Abs. 2 ZGB: " Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen. "

243) DESCHENAUX, Titre Préliminaire, S. 2o1, bezeichnet Treu und Glauben als " les règles de la bonne foi ", während er den guten Glauben einfach als " la bonne foi " bezeichnet. Ebenso PATRY, Notion, S. 41o, der von " bonne

nach Art. 3 Abs. 1 ZGB zu vermuten. Der gute Glaube kann jedoch, wie schon der Wortlaut dieser Bestimmung zeigt, nur dort Rechtswirkungen erzeugen, wo das Gesetz es besonders vorsieht. [245] Art. 3 ZGB stellt nicht einen allgemeinen Grundsatz des Inhalts auf, dass guter Glaube immer und überall vor dem Eintritt von Rechtsnachteilen schützt: vielmehr schützt das Gesetz den guten Glauben nur in Einzelvorschriften, die für bestimmte Tatbestände diesen Schutz anordnen und seine Tragweite umschreiben. [246]

Bei Treu und Glauben aber kommt es darauf an, wie irgendein redlich Gesinnter sich verhalten würde; die Regeln von Treu und Glauben beziehen sich auf irgendeine Rechtslage und sind insofern objektiviert. [247]

foi objective " (Treu und Glauben) einerseits und von " bonne foi subjective " (guter Glaube) anderseits spricht.

244) Vgl. PATRY, a.a.O., S. 42o f.; DESCHENAUX, Einleitungstitel, S. 218, nennt folgendes Beispiel: Eine simulierte Forderung ist ohne Wirkung. Der Zessionar einer solchen Forderung erwirbt einen nicht existierenden Wert. Hat er aber einer schriftlichen Schuldanerkennung vertraut, dann ist er Gläubiger geworden (Art. 18 Abs. 2 OR).

245) BGE 96 II 17o.

246) JAEGGI, Kommentar zu Art. 3 ZGB, N 11 und 12, S. 384 f., und N 63 und 69, S. 396 f.

247) JAEGGI, a.a.O., N 51, S. 393; ebenso das Bundesgericht in BGE 72 II 398 f., wo festgehalten wird, Treu und Glauben ergebe einen objektiven Massstab, subjektiver böser Glaube könne bei der Abwägung mit in die Waagschale geworfen werden; endlich SCHMID, Begriff, S.3o6.

§ 7 Treu und Glauben im öffentlichen Recht

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der in einer Kodifikation des Privatrechts, im ZGB, festgehalten ist. Sein Geltungsbereich erstreckt sich jedoch über das ZGB hinaus. [248]

Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht wurde nicht immer anerkannt: es bedurfte grosser Anstrengungen von Lehre und Rechtsprechung, um dem Grundsatz im öffentlichen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. [249] Diese Entwicklung in der Doktrin und der Rechtsprechung soll anschliessend aufgezeigt werden: zuerst wird die Literatur erläutert, dann wird auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes eingetreten.

I. Lehre

1. Entwicklung

GYGI weist darauf hin, dass sich der Grundsatz von Treu und Glauben im schweizerischen öffentlichen Recht nur langsam durchzusetzen vermochte. [25o] Richtungsweisend waren dabei insbesondere Ausführungen zum Steuerrecht und zum Zivilprozessrecht.

a) Steuerrecht

Für das Steuerrecht hat BOSSHARDT [251] das Problem der Geltung von Treu und Glauben aufgegriffen. Neben einigen

248) MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 68 ff., S. 245 ff.

249) Vgl. Fussnote 32, vorne S. 7.

25o) Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 42.

251) Treu und Glauben im Steuerrecht, in Archiv für schweizerisches Abgaberecht, Bd. 13 (1944).

allgemeinen Ausführungen zum Grundsatz von Treu und Glauben [252] der Autor geht von der Geltung des Grundsatzes im Privatrecht aus - weist er darauf hin, dass Treu und Glauben im Steuerrecht in dreifacher Hinsicht von Bedeutung sei:

- Einmal leitet BOSSHARDT aus dem Grundsatz von Treu und Glauben das Verbot des widersprüchlichen Handelns ab.[253] Das spätere Verhalten eines Rechtssubjekts soll mit seinem früheren vereinbar sein; berechtigte Erwartungen der Gegenpartei, [254] die sich auf dieses frühere Verhalten stützen, dürfen nicht durch ein widersprüchliches Handeln enttäuscht werden. [255] Auch im Steuerrecht gelten demnach " Schranken der Rechtsausübung " [256] und soll ein " vertrauensvoller Rechtsverkehr " [257] gewährleistet werden. [258]

252) Diese Ausführungen werden hier weggelassen, da sie zu Fragen Stellung beziehen, welche in dieser Arbeit bereits in § 6 dargelegt worden sind.

253) Zum Problem des widersprüchlichen Handelns, des sog. " venire contra factum proprium ", ausführlich MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 4oo ff., S. 333 ff.

254) Es kann sich dabei entweder um die Steuerbehörden oder um den Steuerpflichtigen handeln.

255) BOSSHARDT, Treu und Glauben, S. 56 f., erwähnt folgende Beispiele, die für das Steuerrecht Geltung haben: einmal verstösst der Widerruf der Steuererklärung durch den Steuerpflichtigen gegen Treu und Glauben; dann liegt ein widersprüchliches Verhalten bei der Steuerbehörde vor, wenn diese durch Säumnis eine Beweisführung unmöglich gemacht hat und nunmehr dem Steuerpflichtigen mangelnde Beweisleistung vorwirft; endlich erwähnt BOSSHARDT den Versuch, einen bestimmten Vermögensgegenstand einmal dem Privatvermögen, das andere Mal dem Geschäftsvermögen zuzurechnen, als Handlung gegen Treu und Glauben.

256) Vgl. vorne S. 46.

257) Vgl. vorne S. 46.

258) BOSSHARDT, a.a.O., S. 122f.

- Des weiteren ist für BOSSHARDT der Grundsatz von Treu und Glauben bei der Steuerveranlagung von Bedeutung. Diese Veranlagung erfordert ein Zusammenwirken zwischen dem Steuerpflichtigen, welcher der Behörde Angaben über sein Einkommen und sein Vermögen macht, und der Steuerbehörde, welche aufgrund dieser Angaben die Höhe der Steuerpflicht festlegt. Aus der Befolgung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergeben sich deshalb eine Sorgfalts- und Aufklärungspflicht auf Seite des Steuersubjekts, eine Beratungs- und eventuell eine Fragepflicht auf Seite der Behörde.[259)]
- Endlich weist BOSSHARDT darauf hin, dass nicht nur der Steuerhinterzug streng zu ahnden ist, sondern auch Steuerumgehungen zu verhindern sind.[26o)] Eine Steuerumgehung verletzt nämlich das Gerechtigkeitsgefühl der einzelnen Steuerpflichtigen. Diese geben ihre zu versteuernden Vermögenswerte richtig an und bezahlen die dafür geforderten Abgaben; jedoch vertrauen sie darauf, dass alle andern Bürger gleich handeln. Eine Steuerumgehung verletzt dieses Vertrauen; zusätzlich untergräbt sie die " Steuermoral ". Das einzelne Steuersubjekt verliert nicht nur das Vertrauen in das Steuersystem, sondern wird seinerseits zu einer Steuerumgehung angestiftet. BOSSHARDT folgert daraus, dass die Steuerumgehung ein Handeln gegen Treu und Glauben darstellt und die Vertrauensbasis beeinträchtigt, ohne welche eine gleichmässige Verwirklichung der Steuergesetze nicht möglich ist.[261)]

259) BOSSHARDT, Treu und Glauben, S. 57 f.
26o) a.a.O., S. 59.
261) BOSSHARDT, a.a.O., S. 59.

Aus den dargelegten Erwägungen zieht der Autor den Schluss, dass die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht auf das Privatrecht beschränkt werden dürfe; vielmehr seien auch im öffentlichen Recht - so auch im Steuerrecht - von den Beteiligten Anstand und Redlichkeit zu fordern. Deshalb beanspruche der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Steuerrecht Geltung. [262]

Gegen diese Ausführungen BOSSHARDTs ist in der Folge Stellung bezogen worden: GEERING [263] geht davon aus, dass die Besteuerung als Eingriff in das Vermögen des Steuersubjekts dem Grundsatz der Legalität [264] unterliegt. Der Staat hätte nämlich die Möglichkeit, sich die Mittel für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben auf andere Weise zu beschaffen. [265] Wenn er trotzdem Steuern erhebt, um damit einen Teil seiner Ausgaben zu decken, können diese Steuern nur geschuldet sein, wenn die gesetzliche Grundlage vorhanden ist. [266]

Ist die Lösung, die ein solches Steuergesetz anbietet, nicht ganz klar, so sind Sinn und Bedeutung des Gesetzes auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln. [267] Dabei lehnt aber

262) BOSSHARDT, Treu und Glauben, S. 59.

263) Treu und Glauben im Steuerrecht, in Festschrift E. Blumenstein.

264) Vgl. zum Begriff des Legalitätsprinzips vorne S. 2o ff.

265) Vgl. etwa für die Eidgenossenschaft Art. 42 BV, der zur Bestreitung der Bundesausgaben folgende andern Mittel nennt: den Ertrag des Bundesvermögens, dann den Reingewinn des Militärpflichtersatzes, ferner den Ertrag der Zölle sowie die Bundesanteile am Reingewinn der fiskalischen Belastung gebrannter Wasser und der Nationalbank.

266) GEERING, a.a.O., S. 129; das Bundesgericht hat immer wieder betont, dass Steuern nur aufgrund eines formellen Gesetzes erhoben werden dürfen (vgl. BGE 91 I 176; 84 I 93).

267) GEERING, a.a.O., S. 129.

GEERING die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben ab. Anders nämlich als im Zivilrecht, wo über Rechte und Pflichten zu befinden sei, die aus einem grundsätzlich freien Rechtsverkehr entstanden seien, könne der Grundsatz im Steuerrecht - welches als öffentliches Recht zwingenden Charakter habe - nicht die ihm im Zivilrecht zufallende Rolle [268] in der Auslegung der Gesetze übernehmen. [269]

GEERING erblickt in der zunehmenden Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben für die Behelfe des Steuerrechts eine " gewisse Gefahr für die Erkenntnisse und für die Entwicklung des Steuerrechts ". [270] In gewissen Spezialfällen ist er aber dennoch bereit, die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Steuerrecht zu akzeptieren. Es sind dies einerseits die Fälle, in denen der Fiskus dem Steuersubjekt Vergünstigungen zusichert, die vom geschriebenen Recht abweichen, [271] und anderseits die Fälle von Steuerumgehung. [272]

Mit seinen Ausführungen stellt sich GEERING auf den Standpunkt, dass die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und von Treu und Glauben einander im öffentlichen Recht ausschliessen. Weiter hinten wird darzulegen sein, dass sich die Lehre im heutigen Zeitpunkt von dieser Auffassung abgewendet hat und die beiden Grundsätze als sich ergänzend ansieht. [273]

268) Vgl.vorne S. 48 ff.

269) GEERING, Treu und Glauben, S. 131 f.

270) GEERING, a.a.O., S. 139.

271) GEERING, a.a.O., S. 137; der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert, dass bei den sog. Steuerabkommen auf die Leistungen, die gemäss Abkommen auferlegt oder erbracht wurden, nicht mehr zurückgekommen werden darf.

272) Vgl. die Bemerkungen BOSSHARDTs, vorne S. 54.

273) Vgl. hinten S. 60 f.

b) Zivilprozessrecht

Für den Bereich des Zivilprozesses hat GULDENER die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben dargelegt. [274] Einleitend weist er auf verschiedene Gründe hin, die eine Anwendung von Treu und Glauben im Zivilprozess verhindern könnten. [275]

Anschliessend legt GULDENER dar, dass die Anwendung von Treu und Glauben vor allem bei prozessualem Missbrauch unerlässlich sei. Zwar sei im Zivilprozess ein Missbrauch eines Rechts nicht gleichbedeutend wie im Zivilrecht: eine

274) GULDENER, Treu und Glauben im Zivilprozess, in SJZ 39 (1943).

275) GULDENER, a.a.O., S. 389 ff.: Einmal gilt Treu und Glauben als Schranke der Rechtsausübung. Die Gegner der Anwendung von Treu und Glauben im Zivilprozess bestreiten aber, dass die Handlungen der Parteien im Prozess als Ausübung von Rechten anzusehen sind; vielmehr werde der Prozess vom Richter geleitet. Ein subjektives Tätigwerden der Partei im Prozess sei daher ausgeschlossen. Trotzdem ist GULDENER der Ansicht, dass Treu und Glauben im Prozess nicht ausgeschlossen werden darf. Er begründet seine Meinung damit, dass der Grundsatz nicht nur bei der Ausübung von Rechten (subjektives Handeln) zu gelten habe, sondern vielmehr auch dann, wenn dem Rechtssubjekt ein objektives Recht eingeräumt werde. Als Beispiel nennt er den Art. 156 OR, der eine Bedingung als eingetreten ansieht, wenn der Eintritt der Bedingung von einer Partei wider Treu und Glauben verhindert wurde. Auch wenn die Befähigung, den Eintritt einer Bedingung herbeizuführen, nicht auf einem subjektiven Recht beruht, gilt der Grundsatz von Treu und Glauben. Keine Partei soll nämlich aus ihrem unredlichen Verhalten (Verhindern des Eintritts der Bedingung) einen Vorteil ziehen (S. 39o).

Ebensowenig lässt GULDENER das Argument gelten, die Anwendung von Treu und Glauben erfordere eine enge Verbindung zwischen den Betroffenen, welche im Zivilprozess nicht gegeben sei, da es sich vielmehr um einen " Kampf " handle. Aber eben in diesem Kampf sind die Mittel gemäss GULDENER ehrlich einzusetzen; dies verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben (S. 391).

böswillige Klage nämlich sei trotzdem eine rechtsgültige Klage und begründe die Rechtshängigkeit. Deshalb müsse der Richter sie in den Formen des Gesetzes erledigen. 276)

Die Frage des prozessualen Rechtsmissbrauchs kann sich jedoch gemäss GULDENER auch stellen, ohne das Problem zu berühren, ob die Klage begründet ist oder nicht. Der Verfasser nennt folgende Beispiele:

- Der Grundsatz von Treu und Glauben spielt einmal bei den Verträgen des Prozessrechts eine Rolle. Dabei fallen nicht nur Verträge mit materiellen Elementen in Betracht. Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gilt auch für rein prozessuale Verträge, welche die Zuständigkeit eines Gerichtes begründen oder für Verträge, die eine Schiedsgerichtsklausel enthalten. Namentlich die Frage, ob eine Partei auch bei wesentlicher Aenderung der Verhältnisse an den Vertrag gebunden bleibt, ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu beantworten. 277)

- Ferner lässt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu, dass eine Partei aus einem Sachverhalt, den sie auf

276) GULDENER, Treu und Glauben, S. 391 ff., insbesondere S. 393.

277) GULDENER, a.a.O., S. 393 f. Denkbar ist der Fall, dass der Beklagte die Einrede des Schiedsvertrags erhebt, obwohl dem Kläger die Mittel fehlen, um das Schiedsverfahren in Gang zu bringen. Der Grundsatz von Treu und Glauben muss helfen, die Frage abzuklären, ob dem Kläger nicht der Weg der staatlichen Gerichte offenstehen muss, damit er in den Genuss des Armenrechts gelangen kann. Wenn dem Kläger durch Beharren des Beklagten auf dem Schiedsverfahren der Rechtsschutz verloren ginge, hat der Richter der Berufung auf den Schiedsvertrag als offenbarem prozessualem Missbrauch den Erfolg zu versagen (S. 394).

unredliche Weise herbeigeführt hat, prozessuale Vorteile für sich herleitet. Dies gilt etwa dann, wenn eine Partei den Beweis des Gegners vereitelt, indem sie z.B. die Vorlegung einer Urkunde verweigert oder in der persönlichen Befragung die Antwort ablehnt; ihre Prozesslage wird durch die Vereitelung des Beweises nicht verbessert, wenn sich demzufolge der streitige Tatbestand nicht abklären lässt. [278]

- Endlich erwähnt GULDENER den Fall des widersprüchlichen Verhaltens, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst und welches auch im Zivilprozess ausgeschlossen ist. [279]

GULDENER ist nach dieser Aufzählung kategorisch: eine Verpflichtung der Parteien auch im Zivilprozess den Grundsatz von Treu und Glauben zu befolgen, versteht sich von selber. [28o] Jedoch anerkennt er, dass wesentliche Unterschiede

278) GULDENER, Treu und Glauben, S. 394; vgl. ferner Art. 181 Abs. 4 ZPO VS: " Beruft sich eine Partei in einem zweiten Verhör über Tatsachen, bezüglich welcher sie sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hätte Kenntnis verschaffen können, auf Nichtwissen, so darf der Richter diese Erklärung als unrichtig betrachten. In diesem Fall können die betreffenden Tatsachen als bewiesen angenommen werden, sofern kein direkt gegenteiliger Beweis vorliegt. "

279) GULDENER, a.a.O., S. 395: Eine Partei, die einen ihr bekannten Mangel nicht rügt, begründet bei der Gegenpartei die Erwartung, dass das eingeschlagene Verfahren angenommen wird. Eine spätere Berufung auf den Mangel verstösst gegen Treu und Glauben und ist deshalb nicht zu hören.

28o) GULDENER, a.a.O., S. 389.

zum Zivilrecht bestehen [281] und dass der Grundsatz im Zivilprozess eine weniger bedeutsame Rolle spielen kann als im Zivilrecht. [282]

2. Geltender Zustand

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz herrscht heute Einstimmigkeit darüber, dass der Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht Geltung beansprucht. [283] Insbesondere wird der Vorwurf zurückgewiesen, dass eine Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit in der Verwaltung widerspreche. [284] Vielmehr soll die Gesetzmässigkeit der Verwaltung durch den Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur nicht gefährdet, sondern sogar gefördert werden: die Verwaltungsbehörden werden verpflichtet, " den für sie massgeblichen Inhalt der Gesetze auf der durch Treu und Glauben bestimmten rechtsethischen Grundlage zu verwirklichen ". [285]

Noch weiter geht IMBODEN, der bemerkt, dass " Treu und Glauben immer mehr zu einem das Legalitätsprinzip korrigierenden Grundsatz ausgebaut werden wird, indem die konkrete Anordnung in vielen Fällen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes den Vorzug erhält ". [286]

281) GULDENER, Treu und Glauben, S. 4o6.

282) GULDENER, a.a.O., S. 4o9.

283) Vgl. für Deutschland FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 169 ff.; WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, S. 121 ff.; für die Schweiz GRISEL, Droit, S. 187 f.; SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht, S. 91 f.

284) Vgl. vorne S. 55 f.

285) RUCK, Treu und Glauben, S. 344.

286) IMBODEN, Beitrag, S. 83.

Die Generalklausel von Treu und Glauben kann aber auch im öffentlichen Recht nicht ohne weiteres angewendet werden: sie bedarf der Konkretisierung. [287] Diese Konkretisierung darf sich jedoch nicht nur an das Zivilrecht halten; den Besonderheiten des öffentlichen Rechts ist bei der Bildung der Anwendungsregeln Rechnung zu tragen. [288] Ebenso äussert sich MAINKA, der es ablehnt, die Konkretisierung von Treu und Glauben, welche sich aus der Anwendung des Grundsatzes im Zivilrecht ergeben hat, ohne weiteres im öffentlichen Recht zu übernehmen; vielmehr fordert auch er, dass die Eigenheiten des öffentlichen Rechts bei der Bildung von praktikabeln Regeln berücksichtigt werden. [289]

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht dem Legalitätsprinzip nicht widerspricht. Jedoch bedarf es einer Anpassung des Grundsatzes an die Bedürfnisse des öffentlichen Rechts. Sobald diese Forderung erfüllt ist, übernimmt der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht eine Aufgabe, die dem schweizerischen, " vom Gerechtigkeitssinn und der Freiheitsidee getragenen " Rechtsbewusstsein entspricht. [29o]

3. Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht

Nachdem soeben dargelegt worden ist, dass sich die Konkretisierung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht nicht nur an das Zivilrecht anlehnen soll, werden

287) Vgl. zur Konkretisierung von Treu und Glauben im Zivilrecht vorne S. 47.

288) HARTMANN, Treu und Glauben, S. 232.

289) MAINKA, Vertrauensschutz, S. 9.

29o) HARTMANN, a.a.O., S. 232.

anschliessend einige typische Gruppen von Anwendungsfällen des Grundsatzes im öffentlichen Recht dargestellt. Schon im voraus ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nicht zulässig ist, zu verallgemeinern; in jedem Einzelfall sind vielmehr weiterhin die sich gegenüberstehenden Interessen sorgfältig abzuwägen. [291]

- Auch für die Verwaltungsbehörden gilt das Verbot des widersprüchlichen Handelns. [292] Das Vertrauen des Bürgers in den Bestand der Handlungen der Behörden steht im Vordergrund, und der Bürger soll darauf bauen können, dass die einmal getroffe Regelung gilt. [293] Ebenso haben sich die Verwaltungsbehörden an einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu halten und die einmal getroffene Vereinbarung einzuhalten; der Grundsatz von Treu und Glauben hat hier die gleiche Bedeutung wie im Zivilrecht und schützt die Parteien vor einem Verhalten, welches ihr Vertrauen verletzen würde. 294)

- Des weiteren bewirkt der Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine Verwaltungsbehörde unter Umständen gebunden bleibt, wenn sie eine falsche Auskunft erteilt hat. [294 a] Folgende Voraussetzungen müssen dazu kumulativ erfüllt sein: [295]

291) HARTMANN, Treu und Glauben, S. 232.

292) Vgl. vorne S. 53 und 59.

293) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 124 f. In diesem Zusammenhan steht das Problem der Widerruflichkeit von Verwaltungsakten durch die Verwaltungsbehörden zur Diskussion. Da aber im speziellen Teil der Arbeit der Bedeutung von Treu und Glauben als Schranke der Widerruflichkeit von Verwaltungsakten ein besonderer Abschnitt gewidmet wird, kann hier auf die Behandlung dieser Frage verzichtet werde

294) BAUMANN, a.a.O., S. 187 f.

294 a) Vgl. dazu auch: URS GUENG, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, in ZBl Bd 71 (1970), S. 449 ff. und S. 473 ff und S. 497 ff.

295) GRISEL, Droit, S. 187 f.

- die Unrichtigkeit der Auskunft darf nicht erkennbar gewesen sein;
- die Verwaltungsbehörde, welche die Auskunft erteilt hat, muss hiezu auch zuständig gewesen sein;
- ausserdem muss die Auskunft vorbehaltlos erteilt worden sein;
- der Sachverhalt, den der um Auskunft Nachsuchende dargestellt hat, muss mit jenem Sachverhalt übereinstimmen, den die Behörde feststellt;
- endlich muss der um Auskunft Nachsuchende aufgrund der Auskunft eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition getroffen haben. [296]

- Dann fordert der Grundsatz von Treu und Glauben, dass die Verwaltungsbehörden dem Bürger ihre Sachkenntnis zur Verfügung stellen; daraus leitet BAUMANN eine Berotungs- und Auskunftspflicht der Behörden ab. [297] Als Beispiel für eine solche Auskunftspflicht wird auf die Rechtsmittelbelehrung hingewiesen, welche auch dann zu erfolgen hat, wenn sie positiv-rechtlich nicht vorgesehen ist. [298]

- Endlich gilt der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Beamtenrecht. Einerseits schützt er den Beamten vor einem Ermessensmissbrauch der vorgesetzten Organe. [299]

296) Vgl. BGE 99 V 8; 99 Ib 101; 98 Ia 463; 98 Ia 636.

297) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 133.

298) MEIER, Verwaltungsrechtspflege, S. 149.

299) Pra 39, Nr. 29: Von einem Beamten darf nicht verlangt werden, dass er die politischen Ansichten derjenigen Parteien teile,die im Parlament und in der Regierung eines Kantons die Mehrheit haben. Anderseits soll der Beamte, insbesonders wenn er in einer hohen verantwortungsvollen Stellung steht, zur Grundlage des Staates und zu dem den Mitbürgern gemeinsamen Gedankengut positiv eingestellt sein.

Ist er das nicht und wird er wegen seiner politischen

Anderseits aber ist es eine Pflicht des Beamten, seine Aufgaben gemäss Treu und Glauben zu erfüllen. 300)

II. Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Einleitend sei darauf hingewiesen, dass in diesem Abschnitt nur auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes eingetreten wird. Diejenige des Eidg. Versicherungsgerichtes und der kantonalen Versicherungsgerichte - soweit deren Rechtsprechung berücksichtigt wird - soll im speziellen Teil dieser Arbeit behandelt werden.

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden nicht alle Entscheide übernommen, welche sich mit Treu und Glauben beschäftigen. Vielmehr soll versucht werden, anhand weniger, ausgewählter Fälle darzulegen, wie sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtes gewandelt hat und wie diese Rechtsprechung endlich über eine längere Zeitspanne hin unverändert blieb und noch verfeinert wurde.

Einstellung entlassen, darf jedoch die politische Betätigung des Beamten als Entlassungsgrund nur insoweit berücksichtigt werden, als sie der entlassenden Instanz erst durch das Entlassungsdisziplinarverfahren bekannt geworden ist.

War die politische Einstellung und Betätigung des Beamten der entlassenden Behörde schon vorher bekannt und hat diese Behörde den Beamten trotzdem während zwei Dienstperioden stillschweigend wiedergewählt, verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben, die vor dem Disziplinarverfahren bekannten Tatsachen als Entlassungsgrund mit zu berücksichtigen.

300) Vgl. Art. 22 des eidg. Beamtengesetzes: " Der Beamte hat seine dienstlichen Obliegenheiten treu und gewissenhaft zu erfüllen und dabei alles zu tun, was die Interessen des Bundes fördert, und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt. "

Zum ersten Mal [301] berief sich das Bundesgericht 1908 auf den Grundsatz von Treu und Glauben. In einem steuerrechtlichen Entscheid hielt es fest, dass der Grundsatz auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruche und deshalb verletzt würde, wenn trotz zugesicherter Steuerfreiheit nachträglich ein Steueranspruch des Gemeinwesens geltend gemacht werde. [302] Ausserdem hielt das Bundesgericht fest, diese nachträgliche Besteuerung sei willkürlich und verstosse demnach gegen Art. 4 BV. [303]

301) Vgl. BAUMANN, Treu und Glauben, S. 54.

302) BGE 34 I 15 ff.: Das bernische Gesetz über das Steuerwesen in den Gemeinden vom 2. September 1867 erklärte in seinem § 9: " Gänzlich steuerfrei sind die Kapitalien und Renten und das Einkommen der Korporationen und öffentlichen Anstalten, deren Verwaltung zwar in den Gemeinden ihren Sitz hat, die aber keinerlei Nutzen aus den Gemeindeeinrichtungen ziehen können, ..."

Die " Emmentalische Mobiliarversicherungsgesellschaft " war eine obligationenrechtliche Genossenschaft mit Sitz am jeweiligen Domizil ihres Präsidenten.

Mit Klage vom 16. Juli 1904 stellte der Einwohnergemeinderat Biglen - wo die Gesellschaft zu dieser Zeit domiziliert war - das Begehren, die Gesellschaft habe der Gemeinde Zinserträge der Jahre 1893 - 1903 von insgesamt Fr. 119'400.- zu versteuern. Die Gesellschaft widersetzte sich der Klage und berief sich auf die Steuerfreiheit von § 9 des Steuergesetzes. Ausserdem habe der Gemeinderat die Steuerbefreiung akzeptiert, indem er während der verflossenen zehn Jahre stillschweigend keine Steuern verlangt habe.

Der Regierungsrat des Kantons Bern als Beschwerdeinstanz erkannte, dass die Gesellschaft der Gemeinde Fr. 8955.- Steuern zu bezahlen habe.

Gegen diesen Entscheid führte die Versicherungsgesellschaft staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV, welche vom Bundesgericht gutgeheissen wurde.

303) Das Bundesgericht brachte damit den Grundsatz von Treu und Glauben in enge Beziehung zum Willkürverbot.

In den folgenden Jahren änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung. Es lehnte die Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht ab und erklärte, dass " sich diese Vorschrift überhaupt nicht auf den Missbrauch öffentlicher Rechte " beziehe und deshalb im öffentlichen Recht auch nicht anzuwenden sei. 3o4) Ebenso weigerte sich das Bundesgericht, die Bestimmung von Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) im Betreibungsverfahren anzuwenden. 3o5)

Wie bereits dargelegt worden ist, teilt die Lehre diese Auffassung, indem sie die meisten allgemeinen Rechtsgrundsätze, die in der Verfassung nicht genannt sind, auf das Willkürverbot zurückführt (vgl. vorne S. 4).

3o4) BGE 48 II 187: Die Beklagte ging mit X die Ehe ein, ohne aber mit ihm ein gemeinsames Eheleben zu führen; die Ehe diente nur dazu, ihr das Schweizerbürgerrecht zu verschaffen. Das Bundesgericht lehnte es ab, diesen Missbrauch eines öffentlichen Rechts (verfassungsmässiges Recht auf Ehe) aufgrund von Art. 2 ZGB zu verurteilen, da es Aufgabe des Verwaltungsrechts und der dazugehörenden Rechtsprechung sei, die Umgehung von Vorschriften des öffentlichen Rechts zu verhindern: es erklärte, die Ehe sei nicht nichtig.

Heute gilt Art. 12o ZGB, welcher seit dem 1. Januar 1953 in Kraft ist: " Eine Ehe ist nichtig: .... 4. wenn die Ehefrau nicht eine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Vorschriften über die Einbürgerung umgehen will. "

3o5) BGE 4o III 16o: " Für die Anwendung der Bestimmung des Art. 2 ZGB ist im Betreibungsverfahren kein Raum."

Das Bundesgericht führte im gleichen Urteil weiter aus, dass das geschriebene Zivilrecht dem Reichtum des Lebens nicht vollständig gerecht werden könne und deshalb allgemeine Rechtsgrundsätze nötig seien, um die beidseitigen Interessen abwägen zu können. Das Prozess-und Betreibungsrecht aber schaffe die Beziehungen, die es ordnet, und die daraus entspringenden Interessen selber, soweit es sich um das Verfahren handelt. Der Weg, den die Behörden und Parteien zu gehen hätten, sei daher vorgezeichnet. Die wesentlichen Handlungen, aus denen sich das Verfahren zusammensetze, könnten sich nicht anders abspielen und die

Diese Rechtsprechung zum Betreibungsverfahren ist kritisiert worden: FRITZSCHE bedauerte es, dass das Bundesgericht den Anwendungsbereich von Treu und Glauben auf das Zivilrecht beschränke. [3o6] Auch für das Betreibungsverfahren sei nämlich der Gesetzgeber nicht in der Lage, alle möglichen Wirkungen der von ihm vorgesehenen Rechtsbehelfe zu überblicken. Deshalb sei es unerlässlich, den Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden und den starren Rechtsregeln im Betreibungsverfahren " mildernde, herabsetzende und individualisierende Elemente " entgegenzusetzen. [3o7] FRITZSCHE brachte die Hoffnung zum Ausdruck, dass sich diese Praxis des Bundesgerichts nicht ohne weiteres einleben werde. [3o8]

Die Kritik von FRITZSCHE trug vorerst keine Früchte. Das Bundesgericht hielt an seiner Rechtsprechung fest. [3o9] In der Lehre aber wurden weitere Stimmen laut, welche die Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht forderten. [31o] Diese Aeusserungen veranlassten das Bundesgericht, seine Rechtsprechung zu überprüfen. [311] Diese Ueberprüfung wiederum führte zu einer Aenderung der Praxis: zuerst zwar noch zögernd, [312] dann jedoch ohne

Interessen, die im Spiele seien, seien stets zum voraus erkennbar. Die Berufung auf Treu und Glauben sei daher nicht zulässig (S. 16o f.).

3o6) FRITZSCHE, Rechtspflege, S. 83.

3o7) FRITZSCHE, a.a.O., S. 83.

3o8) FRITZSCHE, a.a.O., S. 85.

3o9) Vgl. BGE 41 III 189; 42 III 85; 49 III 48.

31o) Vgl. vorne S. 52 ff. und S. 57 ff.

311) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 55.

312) BGE 65 I 3o2: Das Bundesgericht nahm noch nicht ausdrücklich auf den Grundsatz von Treu und Glauben Bezug. Es erklärte aber, dass durch eine Konzession ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten begründet werde. Der Konzessionsnehmer, der

Vorbehalt, erklärte das Bundesgericht, dass sich auch die Verwaltung an den Grundsatz von Treu und Glauben zu halten habe. [313]

Die Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht hat sich also auch in der Rechtsprechung durchgesetzt. Das Bundesgericht hat seine Praxis konstant ausgebaut und immer wieder erklärt, dass die Verwaltung an Treu und Glauben gebunden sei. [314] Neben dieser Geltung für die Verwaltung kommt der Grundsatz auch in andern Bereichen des öffentlichen Rechts zur Anwendung, so im Vollstrekkungsrecht gemäss SchKG [315] und im Strafprozessrecht.[316] Aber auch im Zivilprozess haben die Parteien nach Treu und Glauben zu handeln; ein entsprechender Entscheid des Bundesgerichts wird hinten erläutert. [317]

sich darauf verlasse und ein Werk im Vertrauen auf die Verbindlichkeit der Konzession und der darin enthaltenen Zusicherungen errichtet habe, habe Anspruch darauf, dass die Konzessionsbehörde ihm gegenüber die Konzessionsbestimmungen einhalte.

Auch BAUMANN, a.a.O., weist darauf hin, dass sich das Bundesgericht nicht immer ausdrücklich auf Treu und Glauben berufen habe. Vielmehr sei oft ein anderer Grundsatz genannt worden, etwa das Willkürverbot: gemeint sei aber der Vertrauensschutz von Treu und Glauben gewesen (S. 111).

313) BGE 76 I 190: Eine gemeinderätliche Verfügung enthielt als Rechtsmittelbelehrung: " Gegen diese Verfügung steht Ihnen das Rekursrecht an den Regierungsrat innert 10 Tagen offen. " Auf den eingereichten Rekurs trat der Regierungsrat nicht ein, da entgegen der Rechtsmittelbelehrung das Gesetz nur eine Frist von fünf Tagen vorsehe, welche nicht eingehalten sei.

Die staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid des Regierungsrates, die sich auf Art. 4 BV stützte, wurde gutgeheissen, da der Entscheid willkürlich im Sinne von Art. 4 BV sei und gegen Treu und Glauben verstosse.

314) Als Beispiele seien genannt: BGE 98 Ia 377; 88 I 148.

315) BGE 79 III 66.

316) BGE 86 IV 150.

317) Vgl. hinten S. 75

Im Sinne einer Auswahl aus den neuesten Entscheiden des Bundesgerichtes zur Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht werden anschliessend einige Entscheide genannt, die im Zusammenhang stehen mit Problemen, welche in dieser Arbeit bereits erwähnt wurden. [318]

Aus der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht hat sich ergeben, dass eine Behörde an eine falsche Auskunft gebunden bleibt, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. [319] Wenn alle diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben, dass das Vertrauen des Bürgers geschützt wird und die Verwaltung an ihre Auskunft gebunden bleibt. [32o] Das Bundesgericht hat einen Entscheid aus dem Jahre 1975 [321] zum Anlass genommen, um zu einigen dieser Voraussetzungen verschiedene Präzisierungen anzubringen:

318) Weitere Entscheide des Bundesgerichtes zur Anwendung von Treu und Glauben im öffentlichen Recht sind etwa:

BGE lol Ib 195 ff.: Die Verweigerung der Baubewilligung könnte nur als Verstoss gegen Treu und Glauben betrachtet werden, wenn der Gesuchsteller durch frühere Zusicherungen veranlasst worden wäre, eigene Mittel in eine Kanalisationsleitung zu investieren. Da der Nachweis einer solchen Zusicherung fehlte, lag auch kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor.

BGE lol Ib 39 ff.: Die Entscheidung einer Steuerbehörde, eine bisher ausgeübte Praxis künftig zu ändern, bedeutet nicht den Widerruf eines Verwaltungsaktes und verstösst nicht gegen Treu und Glauben.

319) Vgl. vorne S. 62 f.

32o) Vgl. GRISEL, Droit, S. 187 f.

321) BGE lol Ia 92 ff.: Mit Uebernahmevertrag vom 12. Februar 1971 übertrugen die Aktionäre der Uhrenfabrik Certina, Gebr. Kurth AG in Grenchen, ihre Aktien an die von der Allgemeinen Schweizerischen Uhrenindustrie AG ASUAG zu gründende General Watch Holding Co. Ltd.

Als Gegenwert erhielt einer der Aktionäre, Adolf Kurth, neben andern Leistungen ein Interimszertifikat über 92o1 Inhaberobligationen der genannten Holding zu nominal Fr. 5oo.- (Fr. 4'6oo'5oo.-).

- Eine der Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Behörde an ihre falsche Auskunft gebunden bleibt, verlangt, dass die Auskunft von der zuständigen Behörde erteilt wurde. Das Bundesgericht hielt fest, dass es genüge, wenn der Adressat der Auskunft sich darauf verlassen durfte, die Auskunft erteilende Behörde sei dafür zuständig. Dem Bürger könne jedoch nicht zugemutet werden, die verwaltungsinterne Zuständigkeitsordnung bis in ihre Einzelheiten zu kennen. 322)

Die Aktionäre der Kurth AG hatten dem Uebernahmevertrag zugestimmt, nachdem das Finanzdepartement des Kantons Solothurn schriftlich zugesichert hatte, die auszugebenden Inhaberobligationen nicht der Kapitalgewinnsteuer zu unterwerfen; als Grund dieser Zusicherung wurde die wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses in der Holding für den Kanton Solothurn angegeben. Die Steuerbefreiung sollte dahinfallen, wenn gewisse Bedingungen eintreten würden.

Am 2o. November 1971 ist Adolf Kurth verstorben. In der Einschätzung für 1971 erfasste die Steuerkommission Grenchen die Inhaberobligationen, die der Verstorbene im Austausch gegen einen Teil seiner Certina-Aktien erhalten hatte, für die Kapitalgewinnbesteuerung.

Die Steuerkommission der Gemeinde Grenchen wies die Einsprachen der Witwe Kurth und des Finanzdepartementes gegen diese Einschätzung ab.

Die kantonale Steuerkommission wies ihrerseits die an sie gerichteten Rekurse der Witwe Kurth und des Finanzdepartementes ab.

Mit staatsrechtlicher Beschwerde machte Frau Kurth gestützt auf Art. 4 BV eine Verletzung von Treu und Glauben geltend. Sie erklärte, die Aktionäre hätten dem Uebernahmevertrag zugestimmt, nachdem ihnen das Finanzdepartement die Auskunft erteilt habe, die Inhaberobligationen würden der Kapitalgewinnsteuer nicht unterworfen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

322) BGE 1o1 Ia 1oo, lit. b: Das Bundesgericht erklärte, dass der Anfragesteller die kantonale Steuerverwaltung als zuständig betrachten durfte, selbst wenn in seinem Fall die Auskunft durch die Gemeindesteuerverwaltung hätte erteilt werden müssen.

- Weiter muss der um Auskunft Nachsuchende eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition getroffen haben, damit die Auskunft für die Verwaltung verbindlich bleibe. Hiezu erklärte das Bundesgericht folgendes: Vom Fragenden darf nicht der volle Beweis verlangt werden, dass er ohne die gegebene Auskunft auch anders disponiert hätte. Vielmehr zeigt die Tatsache, dass er die Auskunft vor der Disposition einholte, dass eben diese Auskunft für seinen Entscheid bedeutend war. Daraus ergebe sich wiederum die Vermutung, dass der Fragende im Falle einer für ihn ungünstigen Auskunft einen andern Weg gesucht hätte. Die Voraussetzung der nicht wieder rückgängig zu machenden Disposition sei daher schon erfüllt, wenn ein anderer Weg offen gestanden wäre, den der um Auskunft Nachsuchende eventuell bei einer andern Auskunft hätte einschlagen können; dass er dies auch tatsächlich getan hätte, brauche er nicht zu beweisen.[323]

Ferner hatte das Bundesgericht zur Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Steuerrecht Stellung zu beziehen. Mit BOSSHARDT [324] erklärte es, dass Treu und Glauben im Steuerrecht Geltung beanspruche; allerdings schränke der Grundsatz der Gesetzmässigkeit denjenigen von Treu und Glauben unter Umständen ein. [325] Das Gesetz bestimme nämlich den Gegenstand und den Umfang der Steuerpflicht: [326] eine Vollziehungsverordnung zu diesem

323) BGE lol Ia loo f., lit. c.
324) Vgl. vorne S. 52 ff.
325) BGE lol Ia 99.
326) BGE lol Ia 12o.

Gesetz dürfe keine Bestimmungen enthalten, die von der Regelung des Gesetzes abwichen. [327] Sei dies trotzdem der

327) BGE 101 Ia 117 f.: Nach § 1 Abs. 1 des aargauischen Gesetzes über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 16. Februar 1922 (EStG) unterliegt der Besteuerung das Vermögen, das durch gesetzliche Erbfolge, letztwillige Verfügung, Erbvertrag, Schenkung oder anderweitige Zuwendung jemanden zu Eigentum anfällt.

Nähere Vorschriften über die Steuerpflicht und den Gegenstand der Steuer finden sich in der regierungsrätlichen Vollziehungsverordnung zum EStG (VVEStG). Gemäss § 2 VVEStG unterliegen der Besteuerung der " unentgeltliche Vermögensanfall im Sinne von § 1 des Gesetzes "; als " anderweitige Vermögenszuwendung " (im Sinne von § 1 EStG) gilt jede Zuwendung durch beidseitigen, verpflichtenden Vertrag, bei dem die Verpflichtungen beider Parteien " nicht annähernd gleichwertig " sind.

§ 4 Abs. 1 VVEStG lautet: " Der Anfall des überlebenden Ehegatten aus dem ehelichen Vermögen unterliegt, ... , nur insoweit der Steuerpflicht, als er auf erbrechtlicher und nicht güterrechtlicher Ausscheidung beruht. "

§ 4 Abs. 2 VVEStG lautet: " Im Falle der Güterverbindung ist daher steuerfrei, ... , was dem überlebenden Ehegatten als Vorschlag gehört (Art. 214 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches). "

Die aargauische Steuerverwaltung veranlagte im Herbst 1974 Frau X. zu einer Erbschafts- und Schenkungssteuer von Fr. 131'461.10. Dabei berücksichtigte die Steuerverwaltung als Vorschlagsanteil der Ehefrau lediglich den gesetzlichen Drittel gemäss Art. 214 Abs. 1 ZGB. Entgegen den Abmachungen des Ehevertrages wurde der Rest des Vorschlags als " erbschafts-steuerrechtliches Reinvermögen " behandelt.

Frau X. führte Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau. Sie machte geltend, sie schulde keine Erbschaftssteuer, da ihr das fragliche Vermögen aufgrund der ehevertraglichen Vereinbarung zufalle und gemäss § 4 VVEStG steuerfrei sei.

Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab und erklärte, der abweichende Wortlaut von § 4 der Vollzugsverordnung widerspreche dem Gesetz und sei daher nicht anwendbar.

Fall und verlasse sich der Steuerpflichtige auf die dem Gesetz widersprechende Vorschrift, kann er den Grundsatz von Treu und Glauben nicht anrufen, falls ihm gegenüber das Gesetz in seiner richtigen Auslegung zu Anwendung gelangt. Insoweit gehe der Grundsatz der Legalität jenem von Treu und Glauben vor. [328)]

In gewissen Fällen rechtfertige sich aber eine Durchbrechung des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes. Sei nämlich die Gesetzwidrigkeit der Vollziehungsverordnung der veranlagenden Steuerbehörde schon seit langer Zeit bekannt,[329)] hätte diese eine Anpassung der Verordnung an das Gesetz vornehmen müssen. Indem sie das nicht getan habe, habe sie einen Erlass in Kraft belassen, welcher geeignet gewesen sei, mit der Praxis nicht vertraute Steuerpflichtige irrezuführen. Deshalb verlange der Grundsatz von Treu und Glauben, dass entgegen dem Sinn des Gesetzes entschieden werde und das Vertrauen des Steuerpflichtigen geschützt werde. [33o)]

Endlich befasste sich das Bundesgericht mit der Anwendung von Treu und Glauben im Zivilprozess. [331)] In Weiterführung seiner Rechtsprechung hielt es fest, dass nicht

328) BGE lol Ia 12o.

329) Das Obergericht des Kantons Aargau hatte schon 1946 und 1954 zur fraglichen Bestimmung von § 4 VVEStG Stellung bezogen. Die Gesetzwidrigkeit der Bestimmung war daher der Steuerbehörde schon seit Jahrzehnten bekannt (vgl. BGE lol Ia 122).

33o) BGE lol Ia 123: " Es ist Sache des aargauischen Regierungsrates, den fraglichen Mangel der Verordnung innerhalb nützlicher Frist zu beheben, um weitere Konflikte der vorliegenden Art auszuschliessen und eine lückenlose gesetzmässige Besteuerung zu ermöglichen. "

331) Vgl. vorne S. 57 ff.

einzusehen sei, weshalb der Grundsatz im Zivilprozess nicht gelten sollte. [332] So hat das Bundesgericht beispielsweise eine Berufung auf die Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV [333] als widersprüchliches Verhalten [334] bezeichnet, wenn beim Vertragskontrahenten der Eindruck erweckt werde, es werde in seinem Kanton eine Zweigniederlassung geführt, welche eine gerichtliche Belangung in diesem Kanton zulasse. [335] Ein solches Verhalten

332) BGE 83 II 346 ff.: Der Geschäftsmann X, wohnhaft in Bern, kaufte bei einer ausländischen Gesellschaft 15 g Vitamin B 12 und bezahlte dafür Fr. 1o'317.1o. Später erhob er Mängelrüge und legte dar, das gelieferte Präparat enthalte nach Gutachten von Sachverständigen kein Vitamin B 12. Die Lieferantin wies diese Rüge zurück.

Ohne weiter auf dieser Angelegenheit zu beharren, bestellte X bei derselben Gesellschaft 3oo kg Vitamin C und versprach die Bezahlung des Kaufpreises. Sobald jedoch die Ware in Bern eingetroffen war, erwirkte er einen Arrest gegen das Vitamin C. Er machte eine Forderung aus der mangelhaften Sendung von Vitamin B 12 geltend.

In den Fristen des Gesetzes verlangte X die Prosekution des Arrestes. Er machte dieselbe Forderung geltend, die zur Arrestierung der Sendung geführt hatte. Das Handelsgericht wies die Klage ab, da der Kläger den Gerichtsstand des Arrestes arglistig herbeigeführt habe.

Das Bundesgericht lehnte die Berufung gegen dieses Urteil ab. Es bestätigte die Begründung des Handelsgerichtes und erklärte, der Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Zivilprozess gelte, verbiete, auf die klägerischen Begehren einzutreten.

333) Art. 59 BV: " Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser in dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden."

334) Vgl. zum " venire contra factum proprium " Fussnote 253, S. 53.

335) Vgl. Art. 642 Abs. 3 OR: " Die Eintragung (der Zweigniederlassung, der Verf.) begründet neben dem Gerichtsstand des Gesellschaftssitzes einen Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung für Klagen aus ihrem Gesellschaftsbetrieb. "

verdiene keinen Rechtsschutz und es sei gar nicht zu prüfen, ob sämtliche objektiven Merkmale einer Zweigniederlassung gegeben seien. [336]

336) BGE 101 Ia 39 ff.: Die Gesellschaft Kopp Bauunternehmung AG, Luzern, klagte gegen die " Kägi AG, Luzern " in Luzern auf Bezahlung von Fr. 44'000.-.In der Klageantwort machte die Kägi AG geltend, ihr Sitz befinde sich in Winterthur; in Luzern besitze sie keine Zweigniederlassung, sondern nur eine Agentur, welche eine gerichtliche Belangung ausschliesse.

Nachdem die luzernischen Gerichte ihre Zuständigkeit bejaht hatten, führte die Kägi AG staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 59 BV.

Diese Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen. Nachdem die Gesellschaft Offerten unter dem Namen " Kägi AG, Luzern " eingegeben hatte, nachdem sie Briefpapier mit dem Aufdruck " Kägi AG, 6002 Luzern " verwendet hatte, nachdem sie ferner mündliche Besprechungen über Verträge geführt hatte und diese Besprechungen anschliessend schriftlich bestätigte und nachdem endlich der Agenturleiter in Luzern immer so aufgetreten war, wie wenn er einer Zweigniederlassung vorstehen würde, war bei der Kopp Bauunternehmung AG der Eindruck entstanden, sie könne gemäss Art. 642 Abs. 3 OR in Luzern klagen. Die Berufung auf die Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV war widersprüchlich und verstiess gegen Treu und Glauben, weshalb das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde abwies.

Spezieller Teil

DIE RECHTSPRECHUNG DES EIDG. VERSICHERUNGSGERICHTES ZUM GRUNDSATZ VON TREU UND GLAUBEN

Nachdem im allgemeinen Teil der Arbeit einige der wichtigsten allgemeinen Rechtsgrundsätze dargelegt und vor allem der Grundsatz von Treu und Glauben und seine Bedeutung für das öffentliche Recht ausführlich erläutert worden sind, ist in diesem zweiten Teil näher auf die Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichtes zum Grundsatz von Treu und Glauben einzutreten. Zusätzlich werden einige charakteristische Entscheide von kantonalen Sozialversicherungsgerichten zur Anwendung von Treu und Glauben in der Sozialversicherung wiedergegeben.

Zuerst wird jene Rechtsprechung einer eingehenden Betrachtung unterzogen, welche sich mit der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung befasst. Anschliessend gelangt die Judikatur zur Sprache, welche mit der Anwendung von Treu und Glauben als Maxime des Verwaltungshandelns zusammenhängt. Endlich gilt Treu und Glauben auch im Verfahren in der Sozialversicherung; der letzte Abschnitt dieses speziellen Teils ist diesem Geltungsbereich gewidmet.

§ 8 Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung

I. Geschichtlicher Rückblick

Zur Zeit des Absolutismus [337] war es dem Richter verboten, ein Gesetz auszulegen: er war nur Diener des Gesetzes. [338] Auch der Positivismus [339] änderte an dieser Auffassung nichts: für ihn galt das Dogma der logischen Geschlossenheit des positiven Rechts, welche dem Richter lediglich ermöglichte, logische Schlüsse aus dem widerspruchs- und lückenlosen positiven Recht abzuleiten. [34o]

Als Folgen dieser Starrheit nennt BAUMANN einerseits eine " zu hoher Blüte " gelangte Jurisprudenz, die sich in spitzfindigen, logischen Spielereien geradezu überbot und sich dabei immer mehr vom wirklichen Leben entfernte, [341] und anderseits die Freirechtsschule. [342] Diese Schule stellte sich auf den Standpunkt, der Richter solle sich über das Gesetz hinwegheben können, sobald er finde, dass im Gesetz nicht mehr das Richtige ausgesprochen sei. [343]

Heute dürften diese Extreme überwunden sein. Man hat erkannt, dass das Recht " nicht bloss eine gegebene Tatsache ist, sondern letzten Endes auf einer Frage des Sollens beruht, dass es gilt, die richtigen Entscheidungsnormen zu finden, auch wo das positive Recht keine genügenden Anhaltspunkte dafür gibt, also lückenhaft ist, dass

337) Vgl. zum Absolutismus CREIFELDS, Wörterbuch, S. 9.
338) GERMANN, Methodische Grundfragen, S. 1o4 f.
339) Vgl. zum Positivismus CREIFELDS, Wörterbuch, S. 843.
34o) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 92.
341) BAUMANN, a.a.O., S. 92.
342) Vgl. zur Freirechtsschule CREIFELDS. Wörterbuch, S. 136.
343) MEIER-HAYOZ, Methodische Grundfragen, S. 1o9.

dann nur eine selbständige, schöpferische Rechtsfindung entsprechend derjenigen des Gesetzgebers zum Ziele führen kann, ja dass bereits das positive Recht als Ausdruck einer solchen Rechtsgestaltung zu verstehen und auszulegen ist, nach den ihm immanenten Wertungen und Zwecken ". [344]

II. Auslegung und Rechtsfindung

1. Begriff der Auslegung

Die Ueberwindung der Extreme des Absolutismus und der Freirechtsschule kommt im ZGB zum Ausdruck: in Art. 1 ZGB wird der Richter ausdrücklich ermächtigt, das Gesetz auszulegen. [345] Auslegung [346] ist zu verstehen als die Ermittlung des im Gesetz niedergelegten Gedankeninhalts. [347] Bei dieser Ermittlung ist der Richter an Grenzen gebunden: die Bestimmungen des Gesetzes - d.h. dessen Wortlaut - sind für ihn verbindlich, auch wenn sie seinem Rechtsbewusstsein widersprechen. [348]

344) GERMANN, Methodische Grundfragen, S. 1o9.

345) Vgl. Art. 1 Abs. 1 ZGB: " Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder A u s l e g u n g eine Bestimmung enthält. "

346) Vgl. zu den verschiedenen Elementen der Auslegung (grammatisches, systematisches, teleologisches, historisches und realistisches Element) die Ausführungen bei MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 179 ff., S. 13o ff.; zu den verschiedenen Methoden der Auslegung (objektive, objektiv-historische, objektiv-zeitgemässe, freirechtliche und wortjuristische Methode) siehe MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 14o ff., S. 122 ff.

347) MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 132, S. 119.

348) MEIER-HAYOZ, Richter als Gesetzgeber, S. 34.

2. Begriff der Rechtsfindung

Lässt sich dem Gesetz keine Regelung entnehmen, so ist eine Auslegung nicht möglich: es liegt eine Lücke vor. [349] Eine solche Lücke muss behoben werden; deshalb formuliert Art. 1 Abs. 2 ZGB einen Auftrag an den Richter, die bestehende Lücke durch richterliche Rechtsfindung zu füllen. [35o] [351]

Ebensowenig wie bei der Auslegung der Gesetze ist der Richter bei der Lückenfüllung frei. Während bei der Auslegung die gesetzlichen Bestimmungen [352] den Richter binden, ist er bei der Rechtsfindung durch die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit eingeschränkt. [353]

349) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 251, S. 144. Allgemein unterscheidet man zwei Arten von Lücken: echte, wenn das Gesetz keine Regelung enthält, und unechte, wenn das Gesetz wohl eine Regelung enthält, diese aber nicht befriedigend ist (vgl. dazu: REICHEL, Gesetz und Richterspruch, S. 96; MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 271, S. 149; für die Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichtes EVGE 1968, S. 1o8).

35o) Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB: " Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. "

351) Vgl. ausführlich zur richterlichen Lückenfüllung MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 311 ff., S. 156 ff.

352) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 93; Entscheidend für den Richter ist dabei der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung (vgl. BGE 1o1 V 19o E. 5: " Der Richter ist zwar an das Gesetz gebunden; ausnahmsweise aber hat er bei offensichtlich unhaltbaren Ergebnissen, die dem wahren Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, entgegen dem W o r t l a u t der gesetzlichen Norm auf Grund richterlicher Rechtsfindung zu entscheiden. ").

353) BAUMANN, a.a.O., S. 93.

3. Oberbegriff zu Auslegung und Rechtsfindung

Die Begriffe der Auslegung und Rechtsfindung - wie sie unter Ziff. 1. und 2. dargelegt worden sind - kann man unter dem Oberbegriff der R e c h t s f o r t b i l d u n g zusammenfassen; dieser Oberbegriff umfasst gemäss WAANAGAT jegliche Interpretation " von der einfachen (restriktiven oder extensiven) Auslegung über die Analogie (die sinngemässe Ausfüllung von Rechtslücken) bis zur teleologischen Reduktion (der sinngemässen Einschränkung des Norminhalts) ". [354]

III. Arten richterlicher Rechtsfindung

1. Intra legem [355]

Bei der Rechtsfindung intra legem hat der Richter die nähere Bestimmung positiv-rechtlicher Normen vorzunehmen. [356] Diese Umschreibung der Rechtsfindung intra legem scheint einen Gegensatz zur Definition zu enthalten, wie sie weiter vorne gegeben worden ist. [357] Dort wurde nämlich darauf hingewiesen, dass man von richterlicher Rechtsfindung spreche, wenn sich dem Gesetz keine Lösung entnehmen lasse, so dass eine Lücke vorliege, und der Richter diese Lücke fülle; hier nun wird von

354) WANNAGAT, Rechtsfortbildung, S. 156.

355) Wörtlich: " im Gesetz ". Das Gesetz enthält wohl eine Regelung, doch bedarf diese der richterlichen Ergänzung. Vgl. zur richterlichen Rechtsfindung intra legem in Gegenüberstellung zur Auslegung die anschliessenden Ausführungen (S. 8o ff.).

356) GERMANN, Methodische Grundfragen, S. 117.

357) Vgl. vorne S. 79.

einer " näheren Bestimmung positiv-rechtlicher Normen " gesprochen. Es scheint also eine gesetzliche Lösung vorhanden zu sein; demnach müsste diese Rechtsfindung als Auslegung bezeichnet werden. [358]

Dieser Widerspruch liegt darin begründet, dass man den Begriff der Auslegung restriktiv oder extensiv handhaben kann. Wird er weit gefasst, d.h. spricht man von Auslegung, sobald eine gesetzliche Regelung vorliegt - in diesem Fall aber immer - so gehört die hier als Rechtsfindung intra legem bezeichnete Tätigkeit zur Auslegung. [359] Spricht man dagegen von Auslegung nur, wo der Rechtsanwender die im Gesetz enthaltenen Gebotsvorstellungen ermittelt, nicht aber auch dort, wo er die gesetzliche Norm - weil sie der Ergänzung bedarf, also eine Lücke vorliegt - ergänzt, so ist seine Tätigkeit " bei der näheren Bestimmung positiv-rechtlicher Normen " [36o] richterliche Rechtsfindung intra legem. [361]

Die vorliegende Arbeit folgt der zweiten Auffassung und handhabt den Begriff der Auslegung einschränkend. Die nähere Bestimmung positiv-rechtlicher Normen und ihre Ergänzung durch den Richter wird als Rechtsfindung behandelt. Im Gegensatz zur Auslegung nämlich, welche kein eigentlich selbständiges Werten ist, geht der Richter hier selbständig vor. Das Gesetz überlässt es ihm, den konkreten Fall zu präzisieren; das Gesetz ist nicht mehr Wegweiser, sondern nur noch Rahmen. [362] Als Beispiel

358) Vgl. vorne S. 78.
359) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art.1 ZGB, N 263, S. 147.
36o) Vgl. vorne S. 8o.
361) MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 263, S. 147.
362) GERMANN, Methodische Grundfragen, S. 117.

für diese " Rahmenfunktion " des Gesetzes nennt MEIER-HAYOZ Fälle, in denen das Gesetz wohl " Hinweise gibt, die von ihm behandelten Fragen aber nicht vollständig löst, so dass innerhalb der Gesetzesnorm selbst gewisse Punkte unabgeklärt bleiben ". [363]

2. Praeter legem [364]

Enthält das Gesetz für einen bestimmten Tatbestand keine Regelung, so hat der Richter Recht praeter legem zu finden; er handelt, wie wenn er Gesetzgeber wäre [365] und muss zuerst eine Regel finden, nach welcher er dann entscheidet. [366]

Ohne diese Rechtsfindung praeter legem hätte " das Sozialrecht seine Funktion nicht erfüllen können ". [367] Da das Sozialrecht in weit stärkerem Masse als die Gesamtrechtsordnung dem unmittelbaren Wandel der gesellschaftlichen Strukturen unterworfen ist, hätte eine statisch beharrende Rechtsordnung allein nicht genügen können, um dem sozialen Wandel gerecht zu werden. [368] Vielmehr mussten die Rechtsvorschriften dem raschen

363) MEIER-HAYOZ, Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 263, S. 147; Hauptanwendungsfälle dieser Rechtsfindung sind gemäss MEIER-HAYOZ, a.a.O., N 266, S. 148, die sog. Würdigungs- und Wertungsbegriffe des Gesetzes, wie die " guten Sitten " (vgl. Art. 2o OR), die " Billigkeit " (vgl. Art. 4 ZGB) oder die " Zumutbarkeit " (vgl. Art. 694 Abs. 2 ZGB).

364) Wörtlich: " neben dem Gesetz ". Im Gegensatz zur Rechtsfindung intra legem (vgl. vorne S. 8o ff.) enthält das Gesetz hier keine Regelung.

365) Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB (vorne S. 79).

366) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 94.

367) WANNAGAT, Rechtsfortbildung, S. 158 f.

368) WANNAGAT, a.a.O., S. 158 f.

sozialen Wandel angepasst werden. Hier sieht WANNAGAT eine Aufgabe des Richters: da das Gesetzgebungsverfahren längere Zeit in Anspruch nehmen kann, und der Gesetzgeber deshalb nicht in der Lage ist, rasch zu handeln, soll der Richter bei der Entscheidung des konkreten Falles der Bewegung in der Sozialversicherung Rechnung tragen. [369]

3. Contra legem [37o]

Bei der Rechtsfindung contra legem weicht der Richter vom Gesetz ab und entscheidet gegen den Wortlaut [371] einer Rechtsnorm. [372] Das Gesetz enthält wohl eine Regelung, doch ist diese unbefriedigend. Der Richter sucht eine befriedigende Lösung; dabei ist er lückenfüllend tätig, indem er eine unechte Lücke annimmt und ausfüllt. [373]

In der Lehre gehen die Meinungen auseinander, ob ein Judizieren contra legem als zulässig anzuerkennen sei oder nicht.

369) WANNAGAT, Rechtsfortbildung, S. 158 f.

37o) Wörtlich: " gegen das Gesetz ".

371) Vgl. BGE 1o1 V 19o E. 5: " Der Richter ist zwar an das Gesetz gebunden; ausnahmsweise aber hat er bei offensichtlich unhaltbaren Ergebnissen, die dem wahren Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, entgegen dem W o r t l a u t der gesetzlichen Norm auf Grund richterlicher Rechtsfindung zu entscheiden."

372) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 94 f.

373) MAURER, Rechtsfortbildung, S. 184 f.; vgl. zum Begriff der unechten Lücke auch Fussnote 349, vorne S. 79.

MEIER-HAYOZ fordert, dass gesetzlich verankerte Normen unverbrüchlich beachtet werden sollen und nicht durch Rechtsfindung contra legem beseitigt werden dürfen. [374] REICHEL seinerseits verlangt, dass auch ein inhaltlich unrichtiges Gesetz angewendet wird. [375]

Weniger absolut äussert sich BAUMANN, der dem Richter immerhin ein Widerstandsrecht einräumt, wenn alle andern Mittel erschöpft sind, um die Anwendung eines " gegen jedes sittliche Empfinden " verstossenden Gesetzes zu verhindern; selbst dann aber bedarf es noch der Prüfung, ob nicht durch die Rechtsfindung contra legem ein noch grösseres Uebel entstehe. [376] Auch LIVER anerkennt die Rechtsfindung contra legem; er hält es sogar für möglich, " dass eine vom Richter contra legem gefundene und angewendete Norm die Verbindlichkeit von Gewohnheitsrecht erlangt ". [377] [378]

Was die Rechtsprechung anbetrifft, sei auf die Stellungnahme des Eidg. Versicherungsgerichtes hingewiesen, welches erklärt hat, dass der Richter im allgemeinen bestehende, unechte Lücken hinzunehmen habe. Immerhin sei es in aussergewöhnlichen Fällen denkbar, dass eine Norm nicht anzuwenden sei, sofern das Gebot von Treu und Glauben deutlich eine andere Lösung gebiete. Es werde nämlich immer wieder Fälle geben, die, würden sie nach

374) Richter als Gesetzgeber, S. 36.

375) Einleitungsartikel, S. 292.

376) Treu und Glauben, S. 95.

377) Begriff und System, S. 149.

378) Vgl. zur Bedeutung des Gewohnheitsrechts Art. 1 Abs. 2 ZGB (Fussnote 35o, vorne S. 79).

dem Gesetz entschieden, derart stossende Konsequenzen hätten, dass der Richter aus Achtung vor dem Geist der Rechtsordnung eine andere Lösung finden müsse, als sie an sich vorgeschrieben wäre. [379]

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Rechtsfindung contra legem zulässig ist, wenn die Befolgung des Gesetzes eine stossende Ungerechtigkeit bedeuten würde und keine andere Möglichkeit zur Korrektur mehr besteht.

IV. Rechtsprechung

In diesem Abschnitt wird näher auf die Rechtsprechung - des Eidg. Versicherungsgerichtes, und im Rahmen ihrer Berücksichtigung, der kantonalen Versicherungsgerichte - zum Gebot von Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Lückenfüllung eingetreten.

1. Zur Rechtsfindung intra legem

Wie bereits dargelegt worden ist, entscheidet der Richter lückenfüllend intra legem, wenn er eine positivrechtliche Norm näher bestimmt und ergänzt. [380] In jenen Fällen, " in denen die Norm von Treu und Glauben positivrechtlich verankert ist und sich der Richter zur Lösung eines Interessenkonflikts auf sie beruft ", wird der

379) EVGE 1968, S. 108; vgl. ebenso BGE 101 V 190 E. 5 (siehe Fussnote 371, vorne S. 83).

380) Vgl. vorne S. 80 ff.

Grundsatz von Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung intra legem verwendet. [381] Ein Urteil des Eidg. Versicherungsgerichtes oder eines kantonalen Versicherungsgerichtes - soweit die Rechtsprechung kantonaler Gerichte in dieser Arbeit beachtet wird - zu dieser Art von richterlicher Lückenfüllung ist dem Bearbeiter nicht bekannt.

2. Zur Rechtsfindung praeter legem

Wenn ein Gesetz für einen bestimmten Tatbestand keine Regelung enthält und der Richter den Grundsatz von

381) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 1o2 f. Der Autor erwähnt folgendes Beispiel aus der zürcherischen Steuerpraxis: Ziff. 4 der Dienstanleitung des Regierungsrates an die Steuerkommissäre vom 16. September 1933 bestimmt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Einschätzungsverfahren zu gelten habe. Gestützt auf diese positiv-rechtliche Verankerung von Treu und Glauben hat die Oberrekurskommission folgenden Entscheid gefällt:

Es war streitig, ob eine in früheren Jahren erfolgte Geschäftsliquidation durch die Uebernahme von Geschäftsvermögen ins Privatvermögen beendigt worden sei. Der Steuerpflichtige hatte dies bejaht, wurde damit aber nicht gehört, weil er bei der früheren Besteuerung diesen Standpunkt nicht eingenommen hatte, ansonst er damals schon den Liquidationsgewinn hätte deklarieren müssen.

Die Oberrekurskommission argumentierte, dass im früheren Zeitpunkt die rechtlich durchaus vertretbare Hinausschiebung der Versteuerung des Liquidationsgewinnes durchgesetzt worden sei. Bei dieser Rechtsstellung müsse sich der Steuerpflichtige nach dem in Ziff. 4 der Dienstanleitung des Regierungsrates an die Steuerkommissäre verankerten Grundsatz von Treu und Glauben behaften lassen, käme er doch andernfalls mit seinem eigenen früheren Verhalten in Konflikt (vgl. BAUMANN, a.a.O., S. 1o2, Fussnote 239).

Treu und Glauben heranzieht, um den konkreten Fall mit dessen Hilfe zu lösen, wendet er Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung praeter legem an. [382] Das Eidg. Versicherungsgericht hat den Grundsatz von Treu und Glauben in verschiedenen Urteilen in diesem Sinn eingesetzt:

Aus der Zeit, da die Sozialversicherung noch in ihren Anfängen steckte, finden sich vor allem Urteile aus dem Gebiet der Militärversicherung. [383]

382) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 1o5.

383) EVGE 193o, S. 21 ff.: Ein Patient, Glardon, wurde während der Absolvierung eines Wiederholungskurses krankgeschrieben und nach dem Kurs auf Kosten der Militärversicherung für die Dauer von 15 Tagen in einem Spital wegen Tuberkulose behandelt. Er wurde als vollständig geheilt entlassen. Indem er sich auf dieses Austrittsattest verliess, bestand für den Patienten - der überdies nicht sehr intelligent war - keine Veranlassung, einen während zwei Jahren andauernden Husten dem Arzt zu melden.

Nach einem Arztbesuch musste Glardon kurzfristig hospitalisiert werden. Die Diagnose lautete auf schwere Tuberkulose. Die Zukunftsaussichten wurden als schlecht bezeichnet.

Die Militärversicherung anerkannte ihre Leistungspflicht und stellte der Eidg. Rentenkommission den Antrag, Glardon eine jährliche Rente von Fr. 1575.- auszubezahlen.

Die Eidg. Rentenkommission anerkannte jedoch die Leistungspflicht des Bundes nur zu einem Drittel. Sie warf Glardon vor, er habe sich nicht beim Arzt gemeldet, obwohl er während zwei Jahren ständig von Husten geplagt wurde und er während dieser Zeit sogar noch Wiederholungskurse geleistet habe. Damit habe er schuldhaft seine Meldepflicht gegenüber der Militärversicherung verletzt, was eine Herabsetzung der Rente um zwei Drittel rechtfertige.

Das Eidg. Versicherungsgericht schützte aber den eingereichten Rekurs von Glardon und hielt fest, dass dieser - seinen bescheidenen Verhältnissen entsprechend - gemäss Treu und Glauben gehandelt habe und dass er keine Meldepflicht verletzt habe.

Auch in neuerer Zeit wurde der Grundsatz von Treu und Glauben als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung praeter legem eingesetzt. Das Eidg. Versicherungsgericht bezeichnete es als einen Verstoss gegen Treu und Glauben, als eine Krankenkasse dem Versicherten die Auszahlung von Taggeldern verweigerte, indem sie sich auf Vermerke im Versicherungsausweis berief, welche statutenwidrig waren; die Formulierung dieser Vermerke war

EVGE 193o, S. 3o ff.: Nachdem ein Patient seinen Hausarzt konsultiert hatte, stellte dieser wohl eine leichtere Tuberkulose fest, war sich jedoch über den genauen Gesundheitszustand des Patienten selber nicht ganz im Klaren. Deshalb unterliess der Arzt eine ordentliche Meldung an die Militärversicherung. Dem Patienten liess der Arzt offen, ob er sich selber der Militärversicherung melden wolle; diese Meldung wurde unterlassen.

Nach einer Verschlimmerung seines Gesundheitszustandes meldete sich der Patient der Militärversicherung, welche ihre Leistungspflicht anerkannte, jedoch ein Verschulden des Patienten annahm und ihre Leistungen deshalb um 5o % kürzen wollte.

Noch bevor diese Angelegenheit endgültig geregelt war, verstarb der Patient. Seine Mutter, welche er zu Lebzeiten unterstützt hatte, forderte eine Hinterlassenenrente. Diese wurde ihr bewilligt, wobei wiederum ein Verschulden des Sohnes als erwiesen angesehen wurde: die Nichtmeldung der ersten Anzeichen von Tuberkulose sei ein schwerer Fehler gewesen. Die Leistungen wurden um 5o % gekürzt.

Das Eidg. Versicherungsgericht lehnte diese Auffassung ab. Wenn sogar der behandelnde Arzt sich über den Gesundheitszustand nicht im Klaren gewesen sei, könne man vom Patienten nicht derartige Kenntnisse verlangen, dass er erkenne, ob sich die Krankheit verschlimmern werde oder nicht. Die Meldung an die Militärversicherung habe der inzwischen verstorbene Patient in guten Treuen unterlassen dürfen.

zudem so gehalten, dass ihr Inhalt dem Versicherten nicht ohne weiteres verständlich sein konnte. [384] Der wesentliche Inhalt des Ausweises lautete wie folgt:

" Assurance contractée et réserves eventuelles (R)

Médecin et pharmacie loo % (avec acc.)
Ass. compl. pour frais hospit. (avec acc.)
Indemnité journalière délai 12o jours
Indemnité journalière différée au 121e jour
Assur. au déces
Assur. tuberculose différée au 121e jour
Caisse de secours extraordinaire + port. ".

Die Krankenkasse behauptete, durch den Vermerk " avec acc. " (d.h. avec accidents), welcher bei den Kategorien " Arzt und Apotheke " respektive " Spitalzusatzversicherung " stehe, werde abschliessend aufgezählt, wann die Kasse bei Unfällen eine Leistung zu erbringen habe. Da im Ausweis des Versicherten Wyss bei der Sparte " Taggeld seit dem 121. Tag " kein Vermerk stehe, habe die Krankenkasse bei Unfällen auch keine entsprechenden Versicherungsleistungen zu erbringen. Demgegenüber hielt jedoch das Eidg. Versicherungsgericht fest, dass die Krankenkassen gemäss Art. 14 Abs. 2 der Verordnung III

384) EVGE 1969, S. 129 ff.: Alfred Wyss war bei der Krankenkasse " La Solidarité " seit 195o versichert. Im Jahre 1967 erlitt er beim Skifahren einen Beinbruch. Die Krankenkasse verweigerte mit Verfügung vom 11. 4. 1968 die Auszahlung des Taggeldes von Fr. 3o.- seit dem 121. Tag nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit mit der Begründung, sie versichere hauptsächlich gegen die Folgen von Krankheit. Um auch bei einem Unfall Versicherungsleistungen beanspruchen zu können, hätte Wyss einen besonderen Versicherungsabschluss tätigen müssen, was er nicht getan habe.

Das kantonale Versicherungsgericht, bei welchem Wyss

über die Krankenversicherung [385] in ihren Statuten ausdrücklich zu bestimmen haben, " ob und in welchem Umfang sie Leistungen bei Unfällen übernehmen ". Da die Statuten der " La Solidarité " verschiedentlich von einer Leistungspflicht der Kasse auch bei Unfall sprechen, folgerte das Eidg. Versicherungsgericht daraus, dass die Krankenkasse das vereinbarte Taggeld grundsätzlich auch bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Skiunfällen auszurichten habe. [386] Wyss habe deshalb einen statutenmässigen Anspruch auf das geforderte Taggeld. [387]

Beschwerde einlegte, verurteilte die Krankenkasse zur Bezahlung von Fr. 5'19o.- . Diesen Entscheid zog die Krankenkasse an das Eidg. Versicherungsgericht weiter, welches jedoch die Beschwerde abwies.

385) Verordnung des Bundesrates vom 15.1.1965 (AS 1965, 41 ff.).

386) Vgl. beispielsweise: Art. 2 Abs. 1 der Statuten der " La Solidarité ": " Sie bezweckt ihre Mitglieder gemäss diesen Statuten nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit gegen die Folgen von Krankheit und Unfall zu versichern. "

Art. 42 lit. a Ziff. 5 derselben Statuten nennt die Unfall- und Motorfahrzeugversicherung als eine der Versicherungsabteilungen der Krankenkasse.

Art. 42 lit. b dieser Statuten lautet: " Die Leistungen der Kasse für Arzt- und Arzneikosten, für Spitalgeld und Spitalpflege sowie für Unfälle werden auf Grund eines Rückversicherungsvertrages gewährt. Das Reglement der " La Jurassienne " bildet einen integrierenden Bestandteil dieser Statuten. "

Und Art. 46 des erwähnten Reglementes der " La Jurassienne " schreibt vor: " 1. La caisse alloue en cas d'accidents les mêmes prestations qu'en cas de maladie. "

387) EVGE 1969, S. 132.

Das Eidg. Versicherungsgericht hatte noch zu prüfen, ob diese Leistungen bei Unfall durch einen entsprechenden Vermerk im Versicherungsausweis wegbedungen werden konnten. Der Grundsatz von Treu und Glauben verbot es, unter den dargelegten Umständen einen Ausschluss des Taggeldes anzunehmen. Ein solcher Ausschluss im Versicherungsausweis - entgegen der statutarischen Ordnung - hätte höchstens zulässig sein können, wenn er dem Versicherten nach dessen persönlichen Verhältnissen unmissverständlich klar gewesen wäre. Das Gebot von Treu und Glauben, welches das Vertrauen des Versicherten schützt, verbot es im vorliegenden Fall, anzunehmen, der Versicherte habe den Vermerk im Versicherungsausweis unmissverständlich und klar verstanden: der Versicherte war nämlich deutschsprachig, der Vermerk jedoch - wie auch der ganze Versicherungsausweis - waren französisch abgefasst; des weiteren wurde der Taggeldanspruch angesichts des Aufschubes von 12o Tagen ohnehin stark eingeschränkt. Der Versicherte durfte sich deshalb in guten Treuen darauf verlassen, dass ihm auch bei Unfällen das vereinbarte Taggeld ausgerichtet werde. [388)]

Wie eben dargelegt worden ist, [389)] dient der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung zum Ausfüllen von Gesetzeslücken; vielmehr wird er auch zugezogen, wenn die S t a t u t e n von Krankenkassen sich als lückenhaft erweisen. Dies ist

388) EVGE 1969, S. 132 E. 3 a.E.
389) Vgl. vorne S. 88 ff.

zum Schutz der Versicherten unumgänglich, sind doch die Statuten regelmässig ein integrierter Bestandteil der Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen der Krankenkasse und dem Versicherten regeln. [39o)]

3. Zur Rechtsfindung contra legem

Bei der Rechtsfindung contra legem [391)] nimmt der Richter eine eigentliche Normkorrektur vor. [392)] In der

39o) Vgl. PKG 1972, S. 147 f.: Beim Wechsel ihrer Krankenkasse bezeichnete sich die Klägerin gegenüber der neuen Krankenkasse als gesund. Später musste sie sich wegen Magenbeschwerden in Behandlung begeben. Die Krankenkasse liess sich von ihrem Vertrauensarzt beraten und erklärte darauf, die Magenerkrankung habe bereits vor der Neuanmeldung bestanden. Gemäss den Statuten der neuen Krankenkasse ziehe eine solche Falschmeldung den Ausschluss aus der Krankenkasse nach sich. Mit dem Ausschluss wäre der Verlust der Versicherungsleistungen verbunden gewesen.

Das Kantonsgericht Graubünden zog in Erwägung, dass einerseits die Fragen der Krankenkassen auf den Anmeldungsformularen summarisch gehalten seien und keine Details verlangt würden und dass anderseits von einem Bewerber nicht verlangt werden könne, " dass er alle möglichen Folgen von leichten Beschwerden, die er seit Jahren verspürt, ohne jemals krank gewesen zu sein, voraussieht ". Die Klägerin habe sich deshalb in guten Treuen als gesund betrachten dürfen. Der Ausschluss aus der Krankenkasse würde deshalb den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen.

Vgl. auch den im Prinzip gleich formulierten Entscheid des Obergerichtes des Kantons Thurgau, welches festhielt: " An die Formulierung des Versicherten in seiner Selbsttaxation bei Eintritts- oder Höherversicherungsgesuchen dürfen nicht zu strenge Massstäbe gelegt werden. " (Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau, 1973, S. 84).

391) Vgl. vorne S. 83 ff.

392) WANNAGAT, Rechtsfortbildung, S. 156.

Schweiz wird diese Art der Rechtsfindung in Ausnahmefällen zugelassen. [393] Auch das Eidg. Versicherungsgericht ist bei Vorliegen besonderer Umstände vom Gesetz abgewichen: [394] In einem Entscheid aus dem Jahre 1951 prüfte das Gericht, ob eine Frau, die wegen Totschlags - begangen am Ehemann - verurteilt wurde, eine der Leistungen der AHV an Witwen beanspruchen könne. [395] In seinen Erwägungen führte es aus,

393) Vgl. vorne S. 85.

394) Vgl. den bereits zitierten Entscheid EVGE 1968, S. 1o8 (Fussnote 379, vorne S. 85) : " Das Eidg. Versicherungsgericht hat indessen erkannt, dass eine Norm in aussergewöhnlichen Fällen - sei es zugunsten, sei es zuungunsten des Bürgers - nicht anzuwenden ist, sofern das Gebot von Treu und Glauben deutlich eine andere Lösung gebietet. "

In einem weiteren Urteil führte das Eidg. Versicherungsgericht aus, dass der Richter im Prinzip das Gesetz zu achten habe, selbst wenn er persönlich ein anderes Ergebnis vorziehen würde. Es werde aber immer wieder Fälle geben, in denen der Richter aus Achtung vor dem Geist der Rechtsordnung eine andere Lösung finden müsse als die vorgeschriebene (EVGE 1966, S. 33).

An dieser Rechtsprechung wurde seither festgehalten; vgl. BGE 1o1 V 19o E. 5: " Der Richter ist zwar an das Gesetz gebunden; ausnahmsweise aber hat er bei offensichtlich unhaltbaren Ergebnissen, die dem wahren Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, entgegen dem Wortlaut der gesetzlichen Norm auf Grund richterlicher Rechtsfindung zu entscheiden. "

395) EVGE 1951, S. 2o5 ff.: Die Klägerin wurde wegen Totschlags schuldig gesprochen und zu einem Jahr Gefängnis verurteilt. Es wurde ihr der bedingte Strafvollzug unter Auferlegung einer Probezeit von fünf Jahren gewährt.

Die Frau stellte das Gesuch um Ausrichtung von AHV-Leistungen für Witwen; ihr Gesuch wurde von der kantonalen Ausgleichskasse abgewiesen. Auf dem Beschwerdeweg verlangte sie die Zubilligung einer einmaligen Witwenabfindung. Die Rekursbehörde erteilte unter Hinweis auf Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) einen negativen Bescheid. Der Grundsatz von

die Klägerin anerkenne zwar, dass sie die Voraussetzungen für eine Witwenrente nicht erfülle; [396] jedoch verlange sie eine einmalige Witwenabfindung. Hiezu seien die Voraussetzungen erfüllt. [397] Weiter legte das Gericht dar, diese beiden Leistungen der AHV - Witwenrente und Witwenabfindung - hätten den Zweck, den durch das Ableben des Ehegatten entstandenen Versorgerschaden wenigstens teilweise zu decken. Im vorliegenden Fall habe aber die Ansprecherin diesen Schaden wegen einer eigenen verbrecherischen Handlung erlitten; wegen einer Tat also, die neben dem individuellen Schaden, den sie anrichtete, auch noch das Gemeinwohl gefährdete und die öffentliche Moral erschütterte. Demzufolge sei die Klägerin zur Schuldnerin der Allgemeinheit geworden. Wenn nun aber das Eidg. Versicherungsgericht die Beschwerde gutheisse, werde die Klägerin - wegen ihrer Tat - auch zur Gläubigerin der Allgemeinheit. Sie könnte, gestützt auf den

Treu und Glauben lasse nicht zu, dass jemand, der ein Verbrechen begangen habe, aus diesem Verhalten auch noch vermögensrechtliche Ansprüche ableiten könne.

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidg. Versicherungsgericht beantragte die Klägerin erneut die Ausrichtung einer einmaligen Witwenabfindung. Da das AHVG keine einschränkenden Bestimmungen enthalte wie etwa das VVG in Art. 14 Abs. 1 (der Versicherer haftet nicht, wenn der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat), sei der Anspruch auf die einmalige Witwenabfindung gerechtfertigt. Die Anwendung von Grundsätzen des Privatrechts (z.B. des Gebots von Treu und Glauben) hielt die Klägerin in ihrem Fall nicht für zulässig. Ihre Beschwerde wurde abgewiesen.

396) Art. 23 AHVG zählt diese Voraussetzungen auf. Anspruch auf eine Witwenrente haben z.B. Witwen mit leiblichen oder adoptierten Kindern oder jene, welche zwar keine Kinder haben, aber mindestens 45 Jahre alt sind und seit mindestens 5 Jahren verheiratet waren.

397) Art. 24 AHVG: " Anspruch auf eine einmalige Abfindung haben Witwen, welche im Zeitpunkt der Verwitwung die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Witwenrente nicht erfüllen."

Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichtes, ahv-rechtliche Leistungen fordern; das jedoch käme einem Missbrauch der Sozialversicherung gleich. - Weiter führte das Eidg. Versicherungsgericht aus, wohl sei der Richter verpflichtet, mit Rücksicht auf die in erster Linie durch das positive Recht gewährleistete Ordnungsfunktion des Rechts regelmässig nach dem Gesetz zu entscheiden. Anderseits aber gebe es Fälle, in denen - im Interesse der Rechtsordnung und um der Gerechtigkeit willen - von der speziellen Gesetzesnorm abzuweichen sei; den öffentlichen Interessen offensichtlich zuwiderlaufende Ungerechtigkeiten dürften nicht sanktioniert werden. Wörtlich hielt das Eidg. Versicherungsgericht fest, indem es vom Richter sprach: " Er wird derartigen Konsequenzen auch dann die richterliche Approbation versagen müssen, wenn das einschlägige Gesetz - wie in casu - sie nicht ausdrücklich ausschaltet. " [398]

Im gleichen Entscheid [399] wurde dargelegt, dass dem Richter für die Korrektur des Gesetzes der Grundsatz von Treu und Glauben zur Verfügung stehe. Gestützt auf diesen Grundsatz sei es nicht zulässig, dass jemand, der ein Verbrechen begangen habe, aus diesem Verbrechen Ansprüche an die Sozialversicherung geltend mache, um den daraus entstandenen Schaden zu decken. Jedenfalls sei dies solange nicht möglich, als die Tat nicht bestraft wurde und die Strafe nicht verbüsst sei. [4oo]

398) EVGE 1951, S. 2o8.

399) EVGE 1951, S. 2o5 ff.

4oo) EVGE 1951, S. 2o5 ff.: Gefordert wurde eine einmalige Witwenabfindung. Deshalb stellte sich die Frage nicht, ob eine Witwenrente eventuell nach verbüsster Strafe zur Auszahlung gelangen könnte. Das Eidg. Versicherungsgericht bezog denn auch dazu keine Stellung. Immerhin lässt sich aus der Formulierung des Entscheides entnehmen, dass das Eidg.

Ausgehend von diesen Erwägungen wies das Eidg. Versicherungsgericht die Beschwerde ab; es nahm, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben, eine Normkorrektur vor [4o1)] und hielt sich nicht an das in Frage stehende Gesetz. [4o2)]

Schon früher hatte das Eidg. Versicherungsgericht allerdings entschieden, dass der Richter nur gegen das Gesetz entscheiden dürfe, wenn er sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufe. Andere Erwägungen - etwa ein Entscheid contra legem aus Billigkeitsgründen - sollten nicht ausschlaggebend sein dürfen, um eine Abweichung vom Gesetz zu bewirken. [4o3)]

Versicherungsgericht nicht abgeneigt wäre, nach verbüsster Strafe eine Witwenrente zuzugestehen, um der Täterin die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen sie sich in der Gesellschaft wieder zurechtfinden könnte.

4o1) Vgl. vorne S. 92 und dort der Hinweis in Fussnote 392.

4o2) Ohne Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben waren schon Entscheide in ähnlichem Sinne ergangen:

EVGE 1948, S. 74 ff.: Das Gericht legte dar, dass die Leistungen der MV bei Verbüssung einer Freiheitsstrafe in extrem liegenden Fällen ohne gesetzliche Grundlage entzogen werden könnten, " da offensichtlich ungerechte Konsequenzen einer bestimmten Gesetzesinterpretation nicht verwirklicht zu werden brauchen ". (S. 78)

BGE 75 II 246 ff.: Wenn ein Gesetz nichts Gegenteiliges vorschreibt, darf einem pensionierten Beamten, der ein schweres Verbrechen gegen das Gemeinwesen begangen hat, die Pension auch dann entzogen werden, wenn in der Pensionsordnung eine entsprechende Bestimmung fehlt (S. 251).

4o3) Vgl. EVGE 1967, S. 247 ff.: Es bedurfte einer Aenderung der Rechtsprechung, um einen Entscheid contra legem nur noch unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben zuzulassen.

Im Urteil in Sachen Wicki vom 8. Oktober 1962 hatte das Eidg. Versicherungsgericht noch entschieden, dass die IV die Kosten für eine Behandlung im Ausland zu übernehmen habe, obwohl die Voraussetzungen

§ 9 Treu und Glauben als Maxime des Verwaltungshandelns

Der Grundsatz von Treu und Glauben kommt im öffentlichen Recht nicht nur als Hilfsmittel richterlicher Rechtsfindung zur Anwendung; [404] er übernimmt auch im Verhältnis

dafür gemäss Art. 9 Abs. 2 IVG objektiv nicht erfüllt waren. Ausschlaggebend für diesen Entscheid contra legem waren Erwägungen der Billigkeit; die Eltern der Patientin waren nämlich über die Möglichkeiten und Erfolgsaussichten einer Herzoperation in der Schweiz nicht aufgeklärt und liessen ihre Tochter im Ausland operieren. Die Billigkeit gebot, der IV die Kosten für diese Behandlung zu überbinden.

In EVGE 1967, S. 247 ff. erklärte das Eidg. Versicherungsgericht, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung, dass nur noch der Grundsatz von Treu und Glauben den Richter bestimmen könne, gegen das Gesetz zu entscheiden. Das Urteil führte aus:

Gemäss Art. 14 Abs. 2 IVG hat die ärztliche Behandlung in der allgemeinen Abteilung zu erfolgen. Für eine Behandlung in einer anderen Abteilung müssen gewisse objektive Kriterien erfüllt sein. Dies ist nicht der Fall, wenn die Patientin - oder deren Eltern - eine andere Abteilung wählen, um sicherzugehen, dass sie vom Professor einer Klinik und nicht von einem Assistenten operiert werde. Denn entweder ist der Professor allein zuständig für die Operation; dann wird er diese aber auch eigenhändig vornehmen, wenn die Patientin in der allgemeinen Abteilung liegt. Oder der Assistenzarzt ist in der Lage, den Professor am Operationstisch zu vertreten; dann ist die Wahl einer andern als der allgemeinen Abteilung nicht gerechtfertigt.

In einem solchen Fall gegen das Gesetz zu entscheiden, wäre nur möglich, wenn der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt worden wäre. Dem war aber nicht so, da weder die Patientin noch deren Eltern von der Verwaltung in irgendeiner Art irregeführt worden waren; vielmehr hatte die Patientin aus freiem Willen die bessere Abteilung belegt.

404) Vgl. vorne S. 77 ff.

zwischen Bürger und Verwaltung eine wichtige Funktion. Da dieser Teil der Arbeit sich mit der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts befasst, [405] wird nicht auf alle Fälle eingetreten, in welchen der Grundsatz von Treu und Glauben als Maxime des Verwaltungshandelns angewendet wird. [406] Vielmehr wird hier, aufbauend auf der Rechtsprechung, lediglich die Funktion von Treu und Glauben beim Widerruf von Verfügungen dargelegt und anschliessend die Bindung der Verwaltungsbehörden an eine falsche Auskunft unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes aufgezeigt.

I. Treu und Glauben und der Widerruf von Verfügungen

Bevor auf die speziellen Aspekte dieses Abschnittes eingetreten wird, sind einige Begriffe des Verwaltungsrechts näher zu umschreiben.

1. Begriff des Verwaltungsaktes

GRISEL definiert den Verwaltungsakt als jene Willensäusserung, welche einseitig von einem Staatsorgan als

405) Auch in diesem Abschnitt wird auf einige wenige Urteile kantonaler Sozialversicherungsgerichte eingetreten.

406) BAUMANN, Treu und Glauben, erwähnt beispielsweise die Pflicht der Behörden, verwaltungsrechtliche Verträge einzuhalten (S. 131 ff.), ferner eine Beratungs- und Auskunftspflicht der Behörden, welche sich etwa in der Rechtsmittelbelehrung äussert (S. 134 ff.) und endlich die Geltung von Treu und Glauben im Beamtenrecht (S. 141 ff.).

Inhaber der öffentlichen Gewalt ausgeht und deren rechtliche Folgen auf einen konkreten Fall aus dem Gebiet der Verwaltung wirken. [4o7)]

Der Wille, der durch den hoheitlichen Akt zum Ausdruck gebracht wird, ist ein " gesetzlich gelenkter Wille ". [4o8)] Daraus folgert GRISEL einerseits, dass der Verwaltungsakt - unter der Bedingung, dass er den gesetzlichen Anforderungen entspricht - selbst dann gültig ist, wenn er von einer nicht zuständigen Person ausgeht; anderseits, dass der Verwaltungsakt auszulegen ist, ohne dass die Absichten des Verwaltungsorgans, welches den Akt erliess, berücksichtigt werden. [4o9)]

Urheber des Verwaltungsakts ist ein Staatsorgan. In der Regel handelt es sich um eine Exekutivbehörde [41o)] oder

4o7) Droit, S. 191; gemäss ANTONIOLLI ist der Verwaltungsakt " der hoheitliche, nach aussen tretende individuelle Akt eines Verwaltungsorgans " (Verwaltungsrecht, S. 196).

4o8) GIACOMETTI, Lehren, S. 339. Wie bereits bei der Behandlung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit dargelegt worden ist, dürfen Verwaltungsakte nicht gegen geltende Rechtssätze verstossen (siehe vorne S. 21); zudem ist die Einschränkung eines verfassungsmässigen Rechtes durch die Verwaltung nur zulässig, wenn sich diese auf ein Gesetz im materiellen Sinn stützen kann (siehe vorne S. 23).

4o9) Droit, S. 191, a.E.

41o) In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Exekutivbehörde ihre Kompetenz delegieren kann (GRISEL, a.a.O., S. 466). Vgl. dazu beispielsweise das kantonale Arbeitsgesetz des Kantons Wallis vom 16. November 1966:

Art. 1 : " Der Staatsrat (Exekutive des Kantons Wallis gemäss Art. 52 der Kantonsverfassung vom 8. März 19o7, der Verf.) übt die Oberaufsicht über den Vollzug des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 betreffend die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, ... , aus. "

um einen Verwaltungsbeamten. [411] Jedoch sind auch die Reglemente von Gerichten, [412] mittels welchen diese ihre Organisation festlegen, Verwaltungsakte. [413]

Dagegen gehören die Tätigkeiten der Verwaltungsorgane im nichthoheitlichen Bereich nicht zu den Verwaltungsakten; dies gilt vor allem für die verwaltungsrechtlichen Verträge. [414] Ferner rechnet man jene Verwaltungshandlungen, die nach aussen nicht zur Kenntnis gelangen, auch nicht zu den Verwaltungsakten; gemeint sind damit die verwaltungsintern laufenden Verordnungen, mit denen man Weisungen an Beamte weitergibt. [415] Endlich gelten nur individuelle Verwaltungshandlungen als Verwaltungsakte, nicht aber generelle, wie etwa die Rechtsverordnungen. [416]

Das Ausführungsreglement des Staatsrates vom 12. Juli 1974 zum kantonalen Arbeitsgesetz vom 16. November 1966 bestimmt:

Art. 1: " Der Vollzug des kantonalen Arbeitsgesetzes vom 16. November 1966 und der diesbezüglichen Ausführungsbestimmungen obliegt dem Departement des Innern. "

411) GRISEL, Droit, S. 192.

412) Vgl. für das Bundesgericht Art. 14 Abs. 1 OG; für das Kantonsgericht des Kantons Wallis Art. 18 Abs. 2 des Ausführungsreglementes vom 26. August 192o zur ZPO VS.

413) GRISEL, a.a.O., S. 192.

414) IMBODEN, Vertrag, S. 49.

415) ANTONIOLLI, Verwaltungsrecht, S. 74. Anders BACHOF, Verwaltungsakt, S. 298, der eine Trennung von " innen " und " aussen " im Verwaltungsrecht nicht für richtig hält, da jede interne Anordnung mindestens nach aussen wirken k ö n n e, wenn sie nicht sogar - mindestens indirekt - nach aussen w i r k e.

416) TUREGG/KRAUS, Verwaltungsrecht, S. 126.

2. Begriff der Verfügung

Die am häufigsten vorkommende Form des Verwaltungsaktes ist jene der Verfügung. [417] Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 12. Dezember 1968 gibt eine Definition der Verfügung unter Bezugnahme auf ihren Urheber, ihre Tragweite und Grundlage, sowie ihren Gegenstand. [418] Es darf angenommen werden, dass die Legaldefinition von Art. 5 VwG die heutige, in der Schweiz geltende Auffassung über die Verfügung wiedergibt. [419]

417) GRISEL, Droit, S. 192. GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 13, verwendet Verwaltungsakt und Verfügung als identische Begriffe.

418) GRISEL, a.a.O., S. 466. Vgl. Art. 5 VwG, welcher lautet:

" Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

a. Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;

b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten;

c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Aenderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren. "

Art. 5 Abs. 2 VwG hält anschliessend fest, dass auch Vollstreckungsverfügungen, Zwischenverfügungen, Einspracheentscheide, Beschwerdeentscheide, Entscheide im Rahmen einer Revision und die Erläuterung als Verfügungen gelten.

419) Diesen Hinweis verdankt der Verfasser Prof. Alfred Maurer, Bern. Auch IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 213 f., gehen von dieser Legaldefinition aus, ebenso wie GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 25.

3. Rechtskraft von Verfügungen

Wie dargelegt worden ist, hat der Gesetzgeber im VwG eine Regelung in Bezug auf den Urheber, die Tragweite und Grundlage, sowie den Gegenstand der Verfügung getroffen. [42o] Nicht geregelt wurde dagegen die Frage der Rechtskraft der Verfügung. [421]

Im Zivilprozess unterscheidet man zwischen formeller und materieller Rechtskraft eines Urteils: jene bewirkt, dass das Urteil mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann; [422] diese bedeutet, dass das Urteil " in jeder späteren Auseinandersetzung zwischen den Parteien " über den gleichen Streitgegenstand für die Parteien massgeblich ist. [423]

Im Verwaltungsrecht kann die für das Zivilrecht geltende Regelung nicht ohne weiteres auf die Verfügungen übertragen werden. Mangels einer gesetzlichen Regelung haben Lehre und Rechtsprechung deshalb folgende Grundsätze entwickelt:

Wohl erlangen die Verfügungen die formelle Rechtskraft und können dann mit keinem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. [424] Dagegen würde es der Eigenart des öffentlichen Rechts nicht entsprechen, wenn eine zur Rechtsordnung in Widerspruch stehende Verfügung der Verwaltung unabänderlich wäre, d.h., wenn sie die materielle Rechtskraft erlangen würde. [425]

42o) Vgl. vorne S. 1o1.

421) GRISEL, Droit, S. 468.

422) KUMMER, Grundriss, S. 126.

423) KUMMER, a.a.O., S. 126.

424) BGE 91 I 95; ebenso GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 25.

425) BGE 91 I 95.

Die Rechtssicherheit erfordert zwar die Unabänderlichkeit der Verfügung; dieser Forderung steht jedoch " die richtige Durchführung des objektiven Rechts " entgegen. [426] Deshalb ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, um abzuklären, ob die Verwaltung die Verfügung abändern kann oder nicht: nur wenn das Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt, gilt die Verfügung als " materiell rechtskräftig "; ist dagegen das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts stärker, kann die Verfügung abgeändert werden. [427] [428]

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass eine fehlerhafte Verfügung nicht unbedingt in Kraft bleiben muss. Sie kann entweder a n g e p a s s t oder w i d e r r u f e n werden. Auf diese beiden Tatbestände ist anschliessend einzutreten. [429]

4. Anpassung einer fehlerhaften Verfügung

Der Tatbestand der Anpassung erfasst jene Fälle, in welchen eine Verfügung im Zeitpunkt ihres Erlasses fehlerfrei war; sie soll jedoch abgeändert werden, weil die

426) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 25o.

427) IMBODEN/RHINOW, a.a.O., S. 25o. Bei der hier dargelegten Auffassung handelt es sich um jene des Bundesgerichts; weiter hinten wird anlässlich der Behandlung des Widerrufs von Verfügungen auf die davon abweichende Auffassung des Eidg. Versicherungsgerichts einzutreten sein.

428) In diesem Zusammenhang ist auch auf GYGI, Verwaltungsrechtspflege, S. 25 f., hinzuweisen, der nicht von " materieller Rechtskraft " spricht, sondern von einer " der materiellen Rechtskraft vergleichbaren Rechtsbeständigkeit ". GYGI fasst die Begriffe der " formellen Rechtskraft " und der erwähnten " Rechtsbeständigkeit " unter dem Oberbegriff der " Verbindlichkeitswirkung " von Verfügungen zusammen (S. 25).

429) Zur Terminologie vgl. hinten S. 111 f.

tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen, unter denen sie erlassen wurde, nachträglich andere geworden sind. [43o] Diese Anpassung von Verfügungen ist für die Sozialversicherung wichtig, nämlich dann, wenn Rentenentscheide veränderten Verhältnissen angepasst werden müssen. Dabei ist zu beachten, dass im massgeblichen Gesetz eine Regelung enthalten sein kann, welche sich auf die Anpassung der Rentenentscheide bezieht. [431] Sagt das Gesetz dagegen nichts über die Zulässigkeit der Anpassung aus, so ist " nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu entscheiden ", ob eine Anpassung an veränderte Verhältnisse möglich ist. [432] IMBODEN/RHINOW äussern sich dahin, dass die Anpassung im allgemeinen bejaht werden müsse. [433]

5. Widerruf von Verwaltungsverfügungen

a) Begriff des Widerrufs

Unter dem Widerruf einer Verwaltungsverfügung versteht man die Beseitigung einzelner oder aller Rechtswirkungen einer Verfügung durch eine andere auf gleicher

43o) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 271.

431) Vgl. Art. 8o Abs. 1 KUVG: " Wird die Erwerbsunfähigkeit nach Festsetzung der Rente erheblich grösser oder geringer, so tritt für die Folgezeit eine entsprechende Erhöhung oder Verminderung der Rente oder deren Aufhebung ein. "

Ebenso Art. 41 IVG: " Aendert sich der Grad der Invalidität eines Rentenbezügers in einer für den Anspruch erheblichen Weise, so ist die Rente für die Zukunft entsprechend zu erhöhen, herabzusetzen oder aufzuheben. "

432) IMBODEN/RHINOW, a.a.O., S. 272.

433) a.a.O., S. 272.

oder benachbarter materiellrechtlicher Grundlage und ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens. [434] Ein Widerruf im formellen Sinn beseitigt lediglich Rechtswirkungen der früheren Verwaltungsverfügung ganz oder teilweise, während jener im materiellen Sinn neue positive Rechtswirkungen schafft. [435] Während der vorne unter Ziff. 4 [436] dargelegte Tatbestand von einer Verfügung ausgeht, die ursprünglich fehlerfrei war und später veränderten Verhältnissen angepasst werden soll, liegt der Grund des Widerrufs darin, dass die Verfügung von Anfang an fehlerhaft war und dass der ihr anhaftende Mangel nachträglich behoben werden soll. [437]

Die Zulässigkeit des Widerrufs bestimmt sich nach den folgenden Grundsätzen: enthält das Gesetz eine Regelung, geht diese vor; lässt sich dem Gesetz jedoch nichts entnehmen, werden die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Widerruf von Verwaltungsverfügungen angewendet. [438] Wie anschliessend aufzuzeigen sein wird, stimmen dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichtes und jene des Eidg. Versicherungsgerichtes nicht überein. Zuerst wird deshalb auf die durch das Bundesgericht entwickelten Grundsätze eingetreten; anschliessend wird die Sozialversicherung im besonderen vorgenommen.

434) HANGARTNER, Widerruf und Aenderung, S. 15.

435) HANGARTNER, a.a.O., S. 18.

436) Vgl. vorne S. 1o3 f.

437) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 249.

438) IMBODEN/RHINOW, a.a.O., S. 272.

b) Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Widerruf von Verfügungen

Die Zulässigkeit des Widerrufs von Verwaltungsverfügungen wird in der Regel bejaht. [439] Er hat im öffentlichen Interesse zu erfolgen [44o] und muss stets verhältnismässig sein. [441]

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wurde verschiedentlich zur Widerruflichkeit einer Verfügung Stellung bezogen. Das Bundesgericht lässt dabei den Widerruf zu, wenn sich aufgrund einer Interessenabwägung ergeben hat, dass das Interesse an der Rechtssicherheit hinter jenem an der Durchsetzung des objektiven Rechts zurückzustehen hat. [442] Anschliessend werden einige Beispiele aus dieser Rechtsprechung dargelegt.

- Eine Baubewilligung ist eine Verwaltungsverfügung, die formell rechtskräftig wird. Ein Widerruf ist nicht mehr ohne weiteres möglich; vielmehr müssen die Interessen des Bewilligungsempfängers mitberücksichtigt werden. Diese Interessen sind nicht zu schützen, wenn die Bewilligung aufgrund eines ungenauen Planes erlangt wurde: ein Widerruf ist zulässig. [443] Ist der Widerruf nicht zulässig, d.h. überwiegt das Rechtsschutzinteresse, wird die Verfügung auch materiell rechtskräftig. [444]

439) SALADIN, Widerruf, S. 116.

44o) HANGARTNER, Widerruf bei Meinungswandel, S. 171.

441) HANGARTNER, Widerruf bei Aenderung, S. 67.

442) Vgl. vorne S. 1o2 f.; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 25o.

443) BGE 98 Ib 249 ff.

444) Vgl. vorne S. 1o3.

- Die Steuerveranlagung, die unangefochten geblieben oder durch Entscheid der Steuerrekursbehörden bestätigt beziehungsweise abgeändert worden ist, erlangt grundsätzlich materielle Rechtskraft. Die Festsetzung der Steuerschuld wird damit für den Steuerpflichtigen wie für das Gemeinwesen endgültig und verbindlich, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie materiell richtig ist. Dies ergibt sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit; ein Veranlagungsentscheid kann deshalb nur ausnahmsweise widerrufen werden. [445]

- Feststellungsentscheide sind im allgemeinen materiell rechtskräftig, so z.B. der Entscheid über die Feststellung des Bürgerrechts. [446]

- Privatrechtsgestaltende Verfügungen sind unwiderruflich, wenn das durch sie begründete oder genehmigte Privatrechtsverhältnis vollzogen worden ist: so z.B.,

445) BGE 98 Ia 568 ff., insbesondere Erwägung 3, S. 571. In casu handelte es sich um freiburgisches Steuerrecht, welches die Revision von Steuerveranlagungen nicht ausdrücklich vorsieht. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass die Revision einer Steuerveranlagung auch ohne eine entsprechende Gesetzesvorschrift möglich sei. Es nannte den Fall, dass die Veranlagung unter Verletzung wesentlicher prozessualer Vorschriften zustande gekommen ist; ferner den Fall, dass Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind, die amtlichen Akten hätten entnommen werden können, ohne dass der Steuerpflichtige auf die fehlende Berücksichtigung hätte hinweisen können; endlich den Fall, dass der Pflichtige Beweismittel vorbringt, die er im früheren Verfahren nicht geltend machen konnte. Dagegen erklärte das Bundesgericht, dass die Revision nicht zulässig sei, um einen Rechtsirrtum zu beheben oder um eine andere Rechtsauffassung durchzusetzen (S. 572 f.).

446) BGE 86 I 174.

wenn ein zu genehmigendes Rechtsgeschäft über Grundstücke im Grundbuch eingetragen worden ist. [447]

c) Widerruf von Verfügungen in der Sozialversicherung

In der Sozialversicherung hat der Gesetzgeber zum Teil selber Bestimmungen erlassen, die den Widerruf von Verfügungen betreffen. [448] Diese gesetzlichen Regelungen gehen einer in der Rechtsprechung gefundenen Lösung vor; ist jedoch dem Gesetz nichts zu entnehmen, gelten die in Lehre und Praxis entwickelten Grundsätze. [449]

Die Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichtes zur Zulässigkeit des Widerrufs von Verfügungen deckt sich nicht mit jener des Bundesgerichtes: während das Bundesgericht immer eine Interessenabwägung fordert, bejaht das Eidg. Versicherungsgericht den Widerruf bereits dann, wenn eine Verfügung sich " als zweifellos unrichtig erweist und ihre Aenderung von erheblicher Bedeutung ist ". [45o] Diese " largere " Auffassung wird von IMBODEN/RHINOW kritisiert, welche jene Anschauung vorziehen, welche in j e d e m F a l l eine Interessenabwägung fordert. [451]

447) AGVE 1961, S. 289.

448) Vgl. Art. 13 MVG: " Die nicht weitergezogenen Verfügungen der Militärversicherung können Gegenstand einer Revision bilden, wenn der Versicherte oder die Versicherung entscheidende neue Tatsachen entdeckt oder entscheidende Beweismittel auffindet, deren Beibringung ihnen vor Erlass der angefochtenen Verfügung unmöglich war. "

449) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 272.

45o) EVGE 1966, S. 56; 1964, S. 91; 1963, S. 87, S. 179 ff.

451) IMBODEN/RHINOW, a.a.O., S. 25o.

6. Schranken des Widerrufs von Verfügungen

Wie dargelegt worden ist, sind Verwaltungsverfügungen in der Regel widerruflich: sei es, weil das Gesetz die Zulässigkeit des Widerrufs vorsieht, sei es, weil die in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen erfüllt sind. [452] Es gibt jedoch Schranken, welche den Widerruf ausschliessen können; auf diese wird anschliessend eingetreten.

a) Ausschluss des Widerrufs von Verfügungen aufgrund gesetzlicher Vorschrift

Ebenso wie ein Gesetz die Möglichkeit des Widerrufs von Verfügungen vorsehen kann, kann es sie ausschliessen. Dabei gilt dieselbe Regelung wie bei der Zulassung des Widerrufs: wo das Gesetz ihn verbietet, geht die gesetzliche Bestimmung vor; die Verfügung ist materiell rechtskräftig, der Widerrufs ist ausgeschlossen.[453] Der Gesetzgeber hat für die Sozialversicherung Bestimmungen erlassen, welche den Widerruf von Verfügungen ausschliessen. [454]

b) Treu und Glauben als Schranke des Widerrufs von Verfügungen

Enthält das Gesetz keine Regelung über den Widerruf, kommen die in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Anwendung. [455] Wie bei der

452) Vgl. vorne S. 1o6 ff.

453) Vgl. vorne S. 1o5.

454) Vgl. z.B. Art. 13 Abs. 4 MVG: " Nach Ablauf von zehn Jahren ist die Revision einer Verfügung nicht mehr zulässig. "

455) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 272.

Behandlung der Grundsätze, welche für die Zulässigkeit des Widerrufs von Verfügungen entwickelt worden sind, dargelegt worden ist, nimmt das Bundesgericht eine Interessenabwägung vor und stellt einem Interesse auf Durchsetzung des objektiven Rechts ein Interesse an der Rechtssicherheit gegenüber; das Eidg. Versicherungsgericht lässt den Widerruf zu, wenn eine Verfügung zweifellos unrichtig ist und ihre Abänderung von erheblicher Bedeutung ist. [456]

Das Bundesgericht schliesst demnach den Widerruf einer Verfügung aus, wenn sich bei der Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt. Verlangt also ein Bürger - unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben -, dass sein Vertrauen in den Bestand einer Verfügung geschützt werde, und findet das Bundesgericht, dass bei der Abwägung aller kollidierenden Interessen das Postulat der Rechtssicherheit überwiegt, schliesst es den Widerruf der Verfügung aus: [457] die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben wird geschützt und die Verfügung wird als materiell rechtskräftig behandelt. [458]

Auch das Eidg. Versicherungsgericht ist in mehreren Urteilen auf die Frage eingetreten, ob der Grundsatz von Treu und Glauben den Widerruf einer Verwaltungsverfügung einzuschränken vermag. Diese Rechtsprechung ist im folgenden aufzuzeigen.

456) Vgl. vorne S. 1o6 ff.

457) BAUMANN, Treu und Glauben, S. 125; ebenso BGE 98 Ib 249 ff.

458) Vgl. vorne S. 1o2 f.

7. EXKURS: Bemerkungen zur Terminologie im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verfügungen

Bei der Ueberarbeitung des Stoffes zu diesem Abschnitt hat sich ergeben, dass die Terminologie zum Widerruf von Verfügungen nicht einheitlich ist. Insbesondere der Begriff der Revision wäre geeignet, einige Verwirrung zu stiften, wird er doch für verschiedene Tatbestände verwendet.

In den gesetzlichen Regelungen der Sozialversicherung findet sich der Begriff der " Rentenrevision " in folgendem Sinn:

- Die Marginalen zu Art. 8o KUVG und zu Art. 41 IVG lauten: " Revision der Rente ". Aus dem Text der entsprechenden Gesetzesbestimmungen ergibt sich, dass jener Tatbestand gemeint ist, welcher in dieser Bearbeitung als " Anpassung der Verfügung " dargelegt worden ist. [459)]
- Die Marginale zu Art. 13 MVG spricht ebenfalls von einer Revision der Verfügungen der Militärversicherung. Dieser Artikel behandelt jedoch den Tatbestand, welcher in dieser Arbeit als " Widerruf der Verfügung " bezeichnet wird. [46o)]

Auch das Bundesgericht verwendet den Begriff der " Revision ", meint damit jedoch weder den Tatbestand der Anpassung der Verfügung noch jenen des Widerrufs; vielmehr hat sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ergeben, dass formell und materiell rechtskräftige Verfügungen über Bundessteuern revidiert werden können, wenn

459) Vgl. Ziff. 4, vorne S. 1o3 f.: die Rentenverfügung war ursprünglich fehlerfrei, muss jedoch nachträglich den veränderten Verhältnissen angepasst werden.

46o) Vgl. Ziff. 5, vorne S. 1o4 ff.: die Rentenverfügung war von Anfang an fehlerhaft.

bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. [461] IMBODEN/RHINOW weisen darauf hin, dass einige dieser Revisionsvorschriften für das Verwaltungsrecht in Anlehnung an den Zivilprozess entwickelt worden sind. [462]

In der vorliegenden Arbeit wird auf den Begriff der " Revision " verzichtet; in teilweiser Anlehnung an IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, werden folgende Bezeichnungen gewählt:

Als Oberbegriff wird jener der " Abänderung der fehlerhaften Verfügung " verwendet. [463] In diesem Oberbegriff sind einerseits die " Anpassung der Verfügung " [464] enthalten, anderseits der " Widerruf der Verfügung ". [465]

461) IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung Bd. I, S. 263. Das Bundesgericht nannte als Revisionsgründe jene, welche in Fussnote 445, vorne S. 107, wiedergegeben worden sind.

462) a.a.O., S. 264: Sie nennen insbesondere die Revisionsgründe der neuen Tatsachen oder der neuen Beweismittel. Vgl. hiezu Art. 294/a der ZPO VS:

" Jedes von einem Instruktionsrichter oder vom Kantonsgericht ausgefällte, in Rechtskraft erwachsene Haupturteil kann Gegenstand eines Revisionsbegehrens bilden:

a) wenn der Gesuchsteller seit der Beurteilung der Sache neue erhebliche Tatsachen in Erfahrung bringt oder entscheidende Beweismittel entdeckt, die er im früheren Verfahren nicht beibringen konnte. "

463) Vgl. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., S. 249.

464) Vgl. vorne S. 103 f.

465) Vgl. vorne S. 104 ff. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., verwenden für den Tatbestand des Widerrufs der Verfügung die Bezeichnung " Rücknahme fehlerhafter Verfügung " (S. 244 ff.). Sie sprechen dann allerdings im Text (S. 249) auch vom Widerruf der Verfügung.

II. Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts zum Widerruf von Verfügungen

In EVGE 1959, S. 25 ff., hat das Eidg. Versicherungsgericht folgendes ausgeführt: [466]

Wenn eine Beitragsverfügung offensichtlich falsch ist, kann und soll die Verwaltung sie widerrufen; die frühere Beitragsverfügung wird hinfällig und an deren Stelle tritt die Nachzahlungsverfügung. [467]

466) Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Durch Vertrag vom 1. März 1949 verpflichtete sich Dresel, für den Verleger einer Zeitschrift Inserate und sonstige bezahlte Veröffentlichungen zu beschaffen. Dresel sollte als Entgelt eine Provision erhalten, aus der er alle Unkosten zu bezahlen hatte.

Die Ausgleichskasse erfasste Dresel ursprünglich als Selbständigerwerbenden. Aufgrund einer späteren Prüfung stellte sie fest, dass Dresel ahv-rechtlich Arbeitnehmer war. Der Verleger wurde deshalb angehalten, die gesetzlichen Beiträge für Dresel nachzubezahlen.

Die Beschwerde des Verlegers gegen diese Nachzahlungsverfügung wurde von der kantonalen Rekurskommission abgewiesen. Daraufhin legte der Verleger beim Eidg. Versicherungsgericht erfolglos Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Unter anderm führte er aus, dass die Ausgleichskasse gar nicht berechtigt sei, Beitragsverfügungen durch eine Nachzahlungsverfügung zu widerrufen; eine solche Nachforderung verstosse gegen das Prinzip von Treu und Glauben.

Das Eidg. Versicherungsgericht führte aus, dass es falsch gewesen sei, Dresel ursprünglich als Selbständigerwerbenden zu behandeln; dieser habe nämlich kein eigenes Unternehmerrisiko getragen. Da Dresel zudem auch die Drucklegung der Inserate selber besorgt habe - was ein kaufmännischer Angestellter auch gekonnt hätte - sei es offensichtlich, dass er mit dem Betrieb seines Arbeitgebers eng verbunden gewesen sei; enger sogar als ein Handelsreisender, der regelmässig als Unselbständigerwerbender behandelt werde.

467) Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn aufgrund einer Verfügung Ergänzungsleistungen (gemäss BG über

Offensichtlich falsch ist eine Verfügung, wenn sie sich mit der Regelung eines Gesetzes im Widerspruch befindet oder aber eindeutig auf falschen tatsächlichen Grundlagen beruht; zudem muss ein praktisch ins Gewicht fallender Betrag auf dem Spiel stehen. [468] Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist von Fall zu Fall abzuklären. [469]

Im gleichen Urteil hielt das Eidg. Versicherungsgericht fest, dass im vorliegenden Fall die erste Verfügung offensichtlich falsch gewesen sei; deshalb sei es gerechtfertigt gewesen, eine Nachzahlungsverfügung zu erlassen. Diese wiederum habe nicht gegen Treu und Glauben verstossen. [47o]

In einem späteren Entscheid [471] erklärte das Eidg. Versicherungsgericht präzisierend, dass der Grundsatz von

Ergänzungsleistungen zur AHV und IV vom 19. März 1965) zu Unrecht bezogen worden sind. Auch hier kann die Verfügung nachträglich widerrufen werden und die zu Unrecht bezogenen Leistungen können zurückgefordert werden (vgl. die St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1971, S. 1o f.) .

468) EVGE 1966, S. 56; 1964, S. 91; 1963, S. 87.

469) EVGE 1959, S. 29.

47o) EVGE 1959, S. 29.

471) EVGE 1963, S. 179 ff.: Diesem Entscheid lag ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde wie dem in Fussnote 466 (vorne S. 113) zitierten: Eine Kollektivgesellschaft beschäftigte neben ihren vollamtlichen Agenten auch eine grössere Anzahl von nebenamtlichen Mitarbeitern. Die Ausgleichskasse stellte bei einer Kontrolle fest, dass für diese nebenamtlichen Mitarbeiter keine paritätischen Beiträge entrichtet worden waren. Sie forderte die Gesellschaft durch Verfügung auf, ihre Beitragspflicht nachträglich zu erfüllen.

In der Beschwerde gegen diese Verfügung machte die Gesellschaft geltend, sie habe gutgläubig gehandelt. Ein Revisor habe ihr zugebilligt, dass sie keine paritätischen Beiträge zu entrichten habe. Sollte

Treu und Glauben eine Nachforderung von Beiträgen nur einschränken könne, wenn " ganz besondere Umstände es als schlechtweg unbillig und mit dem Gedanken der Rechtssicherheit als unvereinbar erscheinen lassen würden, den gesetzlichen Zustand nachträglich und rückwirkend herzustellen ". 472)

III. Treu und Glauben und die Bindung der Verwaltung an eine falsche Auskunft

1. Einleitung

Wie bereits dargelegt worden ist, hat das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen die Voraussetzungen

dessen Entscheid falsch sein, dürfe mon dafür nicht die Gesellschaft einstehen lassen - dies widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Die kantonale Rekursbehörde wies die Beschwerde ab. Sie gewährte jedoch einen Teilerlass, indem die Gesellschaft nur zur Ueberweisung von 2% des beitragspflichtigen Lohnes (anstatt 4%) verpflichtet wurde. Die Kollektivgesellschaft legte beim Eidg. Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein, welche abgewiesen wurde.

472) Im selben Fall führte das Eidg. Versicherungsgericht aus, dass die geforderten besonderen Umstände für die Kollektivgesellschaft nicht gegeben seien. Die Gesellschaft habe sich auf den Bericht des Revisors nicht verlassen dürfen; die Ausgleichskasse hatte die Beschwerdeführerin nämlich rechtzeitig und ausreichend über diese umstrittene Frage orientiert. Wenn der Revisionsbericht habe Zweifel aufkommen lassen, hätte sich die beitragspflichtige Gesellschaft um Aufklärung und verbindliche Weisungen bemühen sollen; dies umsomehr, als es um die ahv-rechtlichen Interessen ihrer Arbeitnehmer gegangen sei. Das Eidg. Versicherungsgericht verneinte auch in diesem Fall, dass mit der Verfügung über die Nachforderung der paritätischen Beiträge der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt worden sei.

umschrieben, welche erfüllt sein müssen, damit eine Verwaltungsbehörde gebunden bleibt, wenn sie eine falsche Auskunft erteilt hat. [473] Das Eidg. Versicherungsgericht verlangt die Erfüllung derselben Voraussetzungen, um die Verwaltung an eine falsche Auskunft zu binden; der nachfolgende Abschnitt befasst sich mit der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts zu diesem Problem.

2. Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts zum Problem der Bindung der Verwaltung an ihre eigene falsche Auskunft

Das Eidg. Versicherungsgericht hatte des öfteren Gelegenheit, zum Problem der Bindung von Verwaltungsbehörden an ihre eigene falsche Auskunft Stellung zu beziehen. Ebenso wie beim Widerruf von Verfügungen [474] lässt es auch in diesen Fällen die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben nicht ohne Einschränkungen gelten, um die Verwaltung an die eigene falsche Auskunft zu binden.

In EVGE 1967, S. 35 ff., erklärte das Eidg. Versicherungsgericht [475] unter Hinweis auf die vom Bundesgericht

473) Vgl. vorne S. 62 f.

474) Vgl. vorne S. 113 f.

475) Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Alter von zwei Jahren erkrankte der Versicherte an Kinderlähmung. Nach Durchlaufen der Primarschule und des Kollegiums bestand er 1964 die Matura. Anschliessend ergriff er das Apothekerstudium, nachdem ihm die Regionalstelle vom Beruf des Kulturingenieurs abgeraten hatte.

Schriftlich teilte die IV-Kommission dem Versicherten mit, die IV werde die Kosten seines Studiums übernehmen. Der Anspruch gegenüber der IV werde aber

entwickelten Voraussetzungen [476] die von der IV - Kommission erteilte Auskunft widerspreche dem Art. 5 Abs. 2 IVV [477] und sei deshalb falsch. Zwar habe der Versicherte dies nicht ohne weiteres erkennen können; trotzdem dürfe er aus dieser falschen Auskunft - indem er sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufe - nicht einen über das Gesetz hinausreichenden Anspruch ableiten, da ihm die Auskunft nicht vorbehaltlos erteilt worden sei. Die IV-Kommission habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass erst die Verfügung der Ausgleichskasse, welche nach dem Gesetz auch allein zur

erst durch die Verfügung der kantonalen Ausgleichskasse des Kantons Freiburg begründet werden.

Aufgrund dieser Auskunft reichte der Versicherte eine Berechnung seiner Studienkosten ein; das Bundesamt für Sozialversicherung widersetzte sich jedoch der Zahlung der Studienkosten durch die IV. Eine entsprechende Verfügung wurde erlassen, von der kantonalen Rekursinstanz geschützt und vom Versicherten mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Eidg. Versicherungsgericht weitergezogen.

476) Vgl. vorne S. 62 f.

477) Vgl. Art. 5 Abs. 2 IVV: " Einem Versicherten entstehen aus der erstmaligen Ausbildung oder Weiterbildung in wesentlichem Umfang zusätzliche Kosten, wenn seine Aufwendungen für die Ausbildung wegen der Invalidität jährlich um mindestens 4oo Franken höher sind, als sie ohne Invalidität für eine gleichartige Ausbildung gewesen wären. Hatte der Versicherte vor Eintritt der Invalidität schon eine Ausbildung begonnen oder hätte er ohne Invalidität offensichtlich eine weniger kostspielige Ausbildung erhalten, so bilden die Kosten dieser Ausbildung die Grundlage für die Berechnung der durch die Invalidität bedingten zusätzlichen Aufwendungen. "

Zusicherung der Leistung kompetent sei, [478] einen Anspruch begründen werde. Eine der Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit die Verwaltung an ihre falsche Auskunft gebunden bleibt - nämlich die Erteilung der Auskunft durch die zuständige Verwaltungsbehörde - sei somit nicht gegeben gewesen und die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben abzulehnen.

Das Eidg. Versicherungsgericht äusserte sich in einem weiteren Urteil [479] zum Problem der Bindung der Verwaltung an ihre eigene falsche Auskunft. Es war zu

478) Vgl. Art. 54 Abs. 1 IVG: " Den Ausgleichskassen der Alters- und Hinterlassenenversicherung obliegen nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen:

b) der Erlass von Verfügungen über Eingliederungsmassnahmen gegenüber den Versicherten;

f) die Eröffnung aller Entscheide der Organe der Invalidenversicherung an die Betroffenen. "

479) BGE 97 V 217 ff. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt war folgender: Die Ausgleichskasse des Baugewerbes nahm bei einer Unternehmung eine Kontrolle vor. Dabei stellte sie fest, dass für einen Arbeitnehmer keine paritätischen Beiträge entrichtet worden waren. Durch eine Nachzahlungsverfügung forderte sie die Beiträge nach.

Die Unternehmung erhob beim Versicherungsgericht des Kantons Waadt Einspruch. Während des Beschwerdeverfahrens führte die Ausgleichskasse eine eingehende Untersuchung durch, deren Ergebnis sie auch der Unternehmung mitteilte. Sie führte aus, dass es der Unternehmung in gutem Glauben erlaubt gewesen sei, den betreffenden Versicherten als Selbständigerwerbenden zu betrachten und von der Erhebung der paritätischen Beiträge abzusehen.

Das Versicherungsgericht des Kantons Waadt behandelte den Versicherten trotzdem als Arbeitnehmer und entschied, dass die paritätischen Beiträge einzufordern seien. Es wies die Ausgleichskasse an, die Nachforderung durchzuführen, eine Nachzahlungsverfügung zu erlassen und in dieser den Versicherten als Arbeitnehmer zu behandeln.

Gegen dieses Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Waadt legte die Unternehmung beim Eidg. Versicherungsgericht Beschwerde ein, die abgewiesen wurde.

prüfen, ob " ganz besondere Umstände es als schlechtweg unbillig oder mit dem Gedanken der Rechtssicherheit als unvereinbar erscheinen lassen würden, den gesetzlichen Zustand nachträglich und rückwirkend herzustellen ",[480] d.h., ob jene besonderen Umstände vorlagen, welche gegeben sein müssen, um die Nachforderung von Beiträgen mittels Nachzahlungsverfügung durch das Prinzip von Treu und Glauben einzuschränken.

Ein solcher besonderer Umstand hätte eine falsche Auskunft durch die Verwaltung sein können, welche gebunden geblieben wäre, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt gewesen wären: die Unrichtigkeit der Auskunft darf nicht erkennbar gewesen sein; ferner muss die Verwaltungsbehörde, welche die Auskunft erteilt, hiezu auch zuständig gewesen sein; dann muss die Auskunft vorbehaltlos erteilt worden sein; auch muss der Sachverhalt, welchen die Behörde ermittelt, mit jenem übereinstimmen, welchen der um Auskunft Nachsuchende dargestellt hat; endlich muss der um Auskunft Nachsuchende aufgrund der Auskunft eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition getroffen haben.[481]

Im vorliegenden Fall - dem auf Seite 118, Fussnote 479, geschilderten - nahm das Eidg. Versicherungsgericht einen solchen besonderen Umstand nicht an. Wohl habe die Ausgleichskasse die Meinung geäussert, der Versicherte sei Selbständigerwerbender. Sie habe diese Meinung der betroffenen Unternehmung auch mitgeteilt; in dieser Mitteilung hätte die falsche Auskunft bestanden. Das Eidg. Versicherungsgericht hielt jedoch die Nachforderung der paritätischen Beiträge weder für unbillig noch mit dem Gedanken der Rechtssicherheit als unvereinbar.

480) EVGE 1963, S. 179 ff.

481) BGE 99 V 8. Vgl. auch vorne S. 62 ff., bei Fussnote 296.

Zudem führte das Eidg. Versicherungsgericht, immer im gleichen Urteil, aus, seien nicht alle Voraussetzungen erfüllt gewesen, welche gegeben sein müssen, um die Verwaltung an ihre falsche Auskunft zu binden. Die Unternehmung hatte nämlich - trotz der Mitteilung der Ausgleichskasse - keine nicht wiedergutzumachenden Dispositionen getroffen; nur wenn auch diese Voraussetzung erfüllt gewesen wäre, wäre die Verwaltung an ihre Auskunft gebunden geblieben.

Für das Eidg. Versicherungsgericht bestand daher kein Anlass, eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben anzunehmen. Es stellte fest, dass der Schutz der betroffenen Interessen am ehesten gewährleistet sei, wenn die gesetzliche Ordnung wiederhergestellt werde; insbesondere erfordere der Schutz des Arbeitnehmers, dass sein Beitragskonto möglichst hohe Beiträge ausweise. [482]

In zwei weiteren Urteilen - beide aus dem Jahre 1974 - hat das Eidg. Versicherungsgericht seine Rechtsprechung verschärft: selbst wenn die Voraussetzungen an sich erfüllt sind, um die Verwaltung an eine eigene falsche Auskunft zu binden, hat der Vertrauensschutz des Bürgers hinter einer Sonderregelung eines Gesetzes zurückzutreten. Anschliessend wird auch auf diese beiden Urteile eingetreten.

BGE 1oo V 154 ff. [483] hatte sich mit einem umgekehrten

482) BGE 97 V 217 ff., E. 4.

483) Es handelte sich um folgenden Sachverhalt: Die Beschwerdeführerin wurde im Dezember 1972 rentenberechtigt. Die Ausgleichskasse sprach ihr eine ordentliche, einfache Altersrente zu, wobei nur

Sachverhalt zu beschäftigen: diesmal forderte nicht eine Ausgleichskasse die Nachzahlung von Beiträgen, sondern eine Beitragspflichtige wollte nicht entrichtete Jahresbeiträge nachbezahlen, um eine Lücke in den Beitragsjahren zu beheben.

Das Eidg. Versicherungsgericht erklärte, dass nach Art. 16 Abs. 1 AHVG Beiträge, die nicht innerhalb von fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, für welches sie geschuldet sind, geltend gemacht werden, nicht mehr gefordert oder entrichtet werden können. Der Ablauf der Frist zeitigt Verwirkungsfolge, was beudeute, dass auch keine Naturalobligation bestehen bleibe. 484)

Ferner hielt das Gericht im gleichen Urteil fest, dass

eine Teilrente zur Auszahlung gelangte, da für die Jahre 1948 - 1956 eine Beitragslücke festgestellt wurde.

Die Versicherte legte Beschwerde ein und beantragte die Auszahlung einer ordentlichen Vollrente. Wohl habe sie - machte sie geltend - in den Jahren 1948 - 1956 keine Beiträge entrichtet; dies sei jedoch darauf zurückzuführen, dass sie auch kein Einkommen erzielt habe. Trotzdem habe sie sich im damaligen Zeitpunkt bei der AHV-Zweigstelle erkundigt, wo man ihr die falsche Auskunft gegeben habe, mangels Einkommen sei es nicht möglich, Beiträge zu leisten.

Nach Abweisung dieser Beschwerde durch das Versicherungsgericht des Kantons Bern legte die Versicherte beim Eidg. Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Sie forderte die Ausrichtung einer ordentlichen Vollrente anstelle einer Teilrente. Subsidiär stellte sie das Rechtsbegehren, es sei ihr zu ermöglichen, die Beiträge für die Jahre 1948 - 1956 nachzubezahlen, um die bestehende Beitragslücke auszufüllen. Der Sachverhalt liege so, dass wegen der falschen Auskunft alle Voraussetzungen erfüllt seien, um dem Gericht eine vom Gesetz abweichende Behandlung im Sinne von Treu und Glauben zu gestatten.

484) BGE 1oo V 156.

der Grundsatz von Treu und Glauben das Vertrauen des Bürgers schütze: " Er bedeutet unter anderm, dass Verfügungen auf dem Gebiet der Sozialversicherung so zu gelten haben, wie sie nach gemeinverständlichem Wortlaut zu verstehen sind, und dass falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtssuchenden gebieten. " [485] Das Eidg. Versicherungsgericht war der Ansicht, dass im konkreten Fall nicht mehr nachprüfbar sei, ob die Voraussetzungen erfüllt waren, um bei einer falschen Auskunft durch eine Verwaltungsbehörde gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben gegen eine gesetzliche Lösung zu entscheiden. [486] Es führte aus, der Beschwerdeführerin habe es spätestens 1961 klar sein müssen, dass man ihr 1948 eine falsche Auskunft erteilt habe; zu diesem Zeitpunkt erliess nämlich die Ausgleichskasse - als sie auf die sich bildende Beitragslücke aufmerksam wurde - eine Nachzahlungsverfügung für die nicht verwirkten Beitragszahlungen. Ebenso habe die Versicherte aufgrund der regelmässigen Publikationen zu wissen gehabt, dass die Beitragszahlungen eine rentenbildende Funktion erfüllen. Ihre Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben sei deshalb auszuschliessen, nachdem die Beschwerdeführerin trotz Nachzahlungsverfügung und Publikationen nichts unternommen habe, um den ihr so bekannt gewordenen Mangel der Beitragslücke zu beheben; eine Verletzung ihres Vertrauens könne die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen nicht mit Erfolg geltend machen.

485) BGE 1oo V 154 ff., E. 3 a.

486) Es war aus den Akten nicht ersichtlich, ob sich die Beschwerdeführerin tatsächlich bei der Zweigstelle erkundigt hatte und ob man ihr die geltend gemachte falsche Auskunft auch tatsächlich erteilt hatte. (vgl. BGE 1oo V 157)

Endlich führte das Eidg. Versicherungsgericht aus, dass es - auch wenn es eine Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben trotz den oben dargelegten Gründen geschützt hätte - zu beachten hatte, dass Art. 16 AHVG auf die Erhaltung des Rechtsfriedens gerichtet ist. Darum sei ein Forschen weit in die Vergangenheit zu vermeiden. In diesem Sinne habe das Eidg. Versicherungsgericht schon früher entschieden, dass eine einmal entstandene Beitragslücke - nach Ablauf der fünfjährigen Verwirkungsfrist - selbst bei vorschriftswidrigem Verhalten einer Verwaltungsbehörde nicht mehr ausgefüllt werden könne. [487] Dann nämlich trete " das Vertrauensprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz gegenüber der unmittelbar und zwingend aus dem Gesetz sich ergebenden Sonderregelung zurück ". [488]

Im gleichen Sinne wurde in BGE 1oo V 158 ff. [489] entschieden. Wohl war eine falsche Auskunft erteilt worden,

487) EVGE 1958, S. 199.

488) BGE 1oo V 154 ff., E. 3 c.

489) Das Gericht hatte bei der Beurteilung von folgendem Sachverhalt auszugehen: Eine gebürtige Schweizerin heiratete einen Oesterreicher; später wurde sie wieder ins Schweizerbürgerrecht aufgenommen und nahm Wohnsitz im Kanton Graubünden. Dort meldete sie sich zum Bezug der AHV-Rente an. Das Begehren wurde abgelehnt mit der Begründung, die Gesuchstellerin habe in der Schweiz nie Beiträge bezahlt. Eine ausserordentliche Rente aber könne ihr nicht zugesprochen werden, da sie die massgebliche Einkommensgrenze erheblich überschreite.

Der Sohn der Gesuchstellerin machte in der Beschwerde geltend, das Schweizer Konsulat habe seiner Mutter erklärt, sie habe Anspruch auf eine ausserordentliche Rente von Fr. 4'8oo.- abzüglich den Betrag, um welchen ihr Einkommen die massgebliche Grenze überschreite.

doch auch hier forderte das Eidg. Versicherungsgericht, dass der Grundsatz von Treu und Glauben und der damit verbundene Vertrauensschutz des Bürgers hinter der Sonderregelung eines Gesetzes zurückzutreten habe. Dem Urteil können folgende Erwägungen des Eidg. Versicherungsgerichtes entnommen werden:

Nach Art. 47 AHVG sind unrechtmässig bezogene Renten innert der fünfjährigen Frist zurückzuerstatten. Ein Erlass der Rückerstattung ist gemäss Art. 79 Abs. 1 AHVV möglich, wenn der Rentenbezüger in gutem Glauben war und ausserdem die Rückerstattung der bezogenen Gelder eine grosse Härte für den Pflichtigen bedeuten würde. Die Pflicht der Rückerstattung schliesst in sich, dass die betreffende Leistung in Zukunft nicht mehr erbracht wird. [490] Weiter führte das Eidg. Versicherungsgericht aus, dass demnach - gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 47 AHVG - sogar Renten, die auf einer rechtskräftigen Verfügung beruhten, zurückgefordert und in Zukunft durch die Verwaltung nicht mehr erbracht würden; umsomehr müssten dem Versicherten darum auch jene Leistungen verweigert werden, bei denen er sich bloss auf eine entsprechende, materiell falsche Auskunft einer Verwaltungsbehörde berufen könne. Die lediglich auf den Grundsatz von Treu und Glauben gegründete Gewährung einer Rente würde im vorliegenden Fall unmittelbar gegen Art. 47 AHVG verstossen. [491]

Nach Abweisung der Beschwerde durch das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden reichte der Sohn der Gesuchstellerin beim Eidg. Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und machte zusätzlich geltend, auch die Ausgleichskasse des Kantons Graubünden habe " mit praktisch 99% Wahrscheinlichkeit den Erhalt einer ausserordentlichen Rente " zugesichert.

490) BGE 1oo V 161.

491) Vgl. auch BGE 1oo V 162 ff.: " Insofern tritt das

Zum Abschluss sei noch auf BGE 101 V 180 ff. [492] hingewiesen, wo das Eidg. Versicherungsgericht seine Praxis aus dem Jahre 1974 bestätigt hat; [493] es erklärte nochmals, dass der auf Treu und Glauben begründete

Vertrauensprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz gegenüber der unmittelbar und zwingend aus dem Gesetz sich ergebenden Sonderregelung zurück. "

492) Diesem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Pierre Chevallier ist 1920 geboren und französischer Staatsbürger. Er leistete seit 1948 als Arbeitnehmer Beiträge an die AHV. 1953 trat er bei der Internationalen Arbeitsorganisation in Genf ein, bei welcher er 1960 den Status eines Funktionärs erhielt. Seit diesem Zeitpunkt bezahlte er die Beiträge an die AHV allein.

Am 14. Dezember 1973 teilte die zuständige Ausgleichskasse Chevallier mit, dass er als Funktionär der Internationalen Arbeitsorganisation seit 1960 nicht mehr berechtigt gewesen sei, Beiträge zu entrichten. Sie werde ihm deshalb die Beiträge der Jahre 1963 - 1973 zurückbezahlen. Die Beiträge der Jahre 1960 - 1962 könnten wegen Verjährung nicht zurückbezahlt werden, kämen jedoch bei der Kalkulierung der Rente zur Anrechnung. (Das Eidg. Versicherungsgericht hielt fest, dass die absolute Verjährungsfrist in Anlehnung an das Zivilrecht die zehnjährige sei; vgl. S. 182)

Chevallier führte bei der kantonalen Rekurskommission und beim Eidg. Versicherungsgericht Beschwerde. Er gab wohl zu, dass er zu Unrecht Beiträge bezahlt habe; die Verfügung der Ausgleichskasse verstosse aber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, weshalb er weiterhin als Versicherter zu behandeln sei, wenn er dazu die gesetzlichen Voraussetzungen auch nicht erfülle.

493) Vgl. BGE 100 V 154 ff., 158 ff. und 162 ff.

Vertrauensschutz des einzelnen Bürgers vor der Spezialregelung eines Gesetzes zurückzutreten habe. [494]

§ 1o Die Geltung von Treu und Glauben im Verfahren

In den §§ 8 und 9 ist dargelegt worden, dass der Grundsatz von Treu und Glauben einerseits bei der richterlichen Rechtsfindung [495] und anderseits als Maxime des Verwaltungshandels [496] Geltung beansprucht. Das Eidg. Versicherungsgericht verlangt seine Anwendung auch im Verwaltungsgerichtsverfahren. [497] Dieselbe Ansicht wird

494) Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a AHVG sind Ausländer, die durch Diplomatenprivilegien oder Steuerbefreiungen begünstigt werden, nicht versichert. Da Chevallier Franzose ist und seit 1960, als er Funktionär der Internationalen Arbeitsorganisation wurde, von den Vergünstigungen für Funktionäre dieser Organisation (Steuerbefreiung) Gebrauch machte, ist es offensichtlich, dass er die Bedingungen von Art. 1 Abs. 2 lit. a AHVG erfüllte. Das Eidg. Versicherungsgericht erklärte deshalb, dass Chevallier seit 1960 nicht mehr versichert gewesen sei und von der Ausgleichskasse auch nicht als Versicherter habe behandelt werden dürfen; eine solche Behandlung als Versicherter gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben würde unmittelbar gegen die Bestimmungen des Gesetzes verstossen (BGE 101 V 180 ff.).

495) Vgl. vorne S. 77 ff.

496) Vgl. vorne S. 97 ff.

497) BGE 98 V 277 ff.: In einem der Ausgleichskasse zugestellten Rekursentscheid fehlte die Rechtsmittelbelehrung. Die Ausgleichskasse machte diesen Mangel in einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend. Das Eidg. Versicherungsgericht hielt jedoch fest, dass die Ausgleichskassen rechtsanwendende Organe der IV seien. Deshalb müsse sich die Ausgleichskasse in den Belangen des Rekursrechts auskennen. Ausserdem bestünden für die Ausgleichskassen in dieser Hinsicht Weisungen des Bundesamtes für Sozialversicherung. Im Lichte von Treu und Glauben sei deshalb die Berufung auf den Formmangel nicht zu hören: das Eidg. Versicherungsgericht wies die Beschwerde ab.

auch in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte vertreten: der Grundsatz von Treu und Glauben soll auch im Verwaltungsgerichtsverfahren Geltung beanspruchen.[498]

498) AGVE 1972, S. 74 ff.: Die Bestimmungen über das Verfahren vor der Rekursbehörde in Sozialversicherungssachen sahen eine bestimmte Beschwerdefrist nicht vor. Ebensowenig nannten die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der kantonalen Unfallversicherungskasse - bei welcher die Beschwerdeführerin als Angestellte des Kantonsspitals Aarau versichert war - ausdrücklich eine Beschwerdefrist.

Das Aargauische Versicherungsgericht hielt fest, dass nach Ziff. 19 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen jene Entschädigungsansprüche, welche nicht innert drei Monaten nach der Ablehnung durch die kantonale Unfallversicherungskasse beim Aargauischen Versicherungsgericht eingeklagt würden, als erloschen gelten. Damit habe man offensichtlich den Versicherten eine dreimonatige Beschwerdefrist einräumen wollen.

Weiter hielt das Gericht fest, dass diese dreimonatige Frist zwar wesentlich länger sei als die gewöhnliche, 30-tägige, wie sie im modernen Sozialversicherungsrecht vorkomme; immerhin sei diese Frist noch kürzer als die sechsmonatige Beschwerdefrist im Recht der MV oder der SUVA. Ebenso spreche für eine dreimonatige Beschwerdefrist, dass das Merkblatt, welches den einzelnen Versicherten abgegeben werde, diese Frist wiederhole.

Das Aargauische Versicherungsgericht lehnte es ab, im Lichte von Treu und Glauben eine kürzere Beschwerdefrist als die dreimonatige als massgeblich zu betrachten.

§ 11 Schlussbemerkungen

Im Sinne einer Zusammenfassung des bisher im speziellen Teil Gesagten werden zum Abschluss der Arbeit einige Thesen aufgestellt, mit welchen versucht werden soll, aus den verschiedenen zitierten Fällen, die von einem Sozialversicherungsgericht beurteilt worden sind, die Schlussfolgerungen zu ziehen.

1. These

Sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung stimmen heute darin überein, dass der im Privatrecht verankerte Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht - und damit in der Sozialversicherung - ebenfalls anzuwenden ist.

Der Grundsatz von Treu und Glauben dient dabei dem Richter bei der richterlichen Rechtsfindung. Daneben kommt ihm die Funktion des Vertrauensschutzes im Verhältnis des Bürgers zur Verwaltung und deren Organe zu. Endlich gilt der Grundsatz von Treu und Glauben im Verwaltungsgerichtsverfahren.

2. These

Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass die Gerichte - vor allem auch das Eidg. Versicherungsgericht - nicht gewillt sind, ihren Schutz einem auf Treu und Glauben begründeten Anspruch ohne Einschränkungen zu gewähren. Vielmehr bedarf es eines schutzwürdigen Interesses des Bürgers, um der Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben Erfolg zu bescheiden.

Das Interesse auf der einen Seite genügt jedoch nicht; um abzuklären, ob eine Berufung auf Treu und Glauben geschützt werden kann, müssen alle auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abgewogen werden. Es ist dann durchaus möglich, dass eine Partei wohl ein Interesse geltend macht, dass dieser Partei jedoch ein noch stärkeres Interesse der andern Partei entgegengehalten werden muss. In einem solchen Fall ist die Berufung auf Treu und Glauben nicht zu schützen.

Als Erläuterung zu diesen Ausführungen sei auf die sich gegenüberstehenden Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Recht der AHV hingewiesen. Der Arbeitgeber ist zur Leistung der gesetzlichen paritätischen Beiträge verpflichtet; diese kann für ihn eine echte Belastung darstellen. Deshalb wird er versuchen, für ihn tätige Leute als Selbständigerwerbende behandeln zu lassen, wodurch er um die Entrichtung der paritätischen Beiträge herumkommen würde. Auf der andern Seite steht der Arbeitnehmer, in dessen Interesse bei der zuständigen Ausgleichskasse ein möglichst hohes Beitragskonto geäufnet werden sollte; mit Hilfe der paritätischen Beiträge durch den Arbeitgeber kann diese Aeufnung erreicht werden.

Die Rechtsprechung neigt denn auch dazu, bei der Abwägung die Interessen der Arbeitnehmer - also möglichst hohes Beitragskonto - denjenigen der Arbeitgeber vorzuziehen. Die richterlichen Urteile gehen dahin, die Beitragskonten der einzelnen Versicherten mit möglichst vielen Zahlungen begünstigen zu lassen, um die spätere Rente so hoch als möglich ausfallen zu lassen. Unter diesem Aspekt der Interessenabwägung sind die Gerichte bereit, die Berufung eines Arbeitgebers auf den Grundsatz von Treu und Glauben nicht zu schützen und die Abänderung

einer Verfügung, welche den Versicherten ursprünglich als Selbständigerwerbenden behandelte, zu gestatten, indem der Versicherte rückwirkend als Arbeitnehmer eingestuft wird.

3. These

Das Eidg. Versicherungsgericht hat in verschiedenen Urteilen erklärt, dass unter Umständen eine Normkorrektur vorzunehmen sei und der Richter somit gegen den Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden habe. Der Richter habe eine befriedigendere Lösung als jene des Gesetzes zu suchen; dabei sei er lückenfüllend tätig, indem er eine unechte Lücke annehme und ausfülle. Für diese Korrektur stehe dem Richter der Grundsatz von Treu und Glauben zur Verfügung.

In den letzten Jahren ist die diesbezügliche Rechtsprechung verschärft worden: selbst wenn die Voraussetzungen für eine Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben erfüllt waren, wurde eine solche nicht geschützt. Sie scheiterte vielmehr an einer sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Sonderregelung. Selbst wenn also der Grundsatz von Treu und Glauben eine andere als die gesetzliche Lösung vorschreiben würde, kommt trotzdem diese letztere zur Anwendung.

Hinter dieser Verschärfung der Rechtsprechung verbirgt sich nichts anderes als eine rigorose Verminderung der Entscheidungen contra legem, also des Ausfüllens unechter Gesetzeslücken. Eine Rechtsprechung gegen das Gesetz ist nur noch möglich, wenn die gesetzliche Regelung zu " offenbar unhaltbaren Ergebnissen führen würde, die dem wahren Willen des Gesetzes zuwiderlaufen ". In diesen Fällen kann der Richter weiterhin eine unechte Lücke annehmen und diese ausfüllen.